

Der gesteigerte Gemeingebrauch

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
JÜRGEN MARTIN
von Füllinsdorf BL

1907

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Martin Usteri und
Prof. Dr. Georg Müller



Diese Arbeit kann solange Vorrat für Fr. 35.- über
Telefon 081-22 31 32 bestellt werden.

Der gesteigerte Gemeingebrauch

DISSERTATION
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
JÜRG MARTIN
von Füllinsdorf BL

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Martin Usteri und
Prof. Dr. Georg Müller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

DER GESTEIGERTE

GEMEINGEBRAUCH

ALLGEMEINER TEIL

RECHTSNATUR UND DOGMATISCHE EINORDNUNG

1. BEGRIFFE UND ABGRENZUNGEN

- 1.1. Begriff und Abgrenzung vom einfachen Gemeingebrauch
 - 1.1.1. Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch
 - 1.1.2. Fehlende Gemeinverträglichkeit
 - 1.1.3. Die Bedeutung des Zwecks der benutzten Sache
 - 1.1.4. Störung anderer Berechtigter
- 1.2. Abgrenzung von der Sondernutzung
- 1.3. Grundsätzliches zur Dreiteilung

2. DIE RECHTSNATUR DES BENUETZUNGSVERHAELTNISSES: GEWAEHRENLASSEN ODER STAATLICHE LEISTUNG ?

3. DIE RECHTSNATUR DER BEWILLIGUNG

- 3.1. Vorbemerkungen
- 3.2. Rechtsnatur und Wesen des gesteigerten Gemeingebrauchs
als Ausgangspunkt
- 3.3. Die Rechtsstellung des Antragstellers
- 3.4. Die Rechtsstellung des Bewilligungsinhabers

4. DIE REGELUNGSBEFUGNIS DER VERWALTUNGSBEHOERDE

- 4.1. Das Problem von Normstufe und Normdichte im allgemeinen
- 4.2. Das Problem von Normstufe und Normdichte beim gesteigerten Gemeingebrauch
 - 4.2.1. Die Konkretisierung auf Stufe Gesetz-Verordnung oder die Frage der Delegation
 - 4.2.2. Die Konkretisierung auf Stufe Erlass-Verfügung oder die Frage des Ermessens
 - 4.2.3. Zusammenfassung

5. GESTEIGERTER GEMEINGEBRAUCH UND VERFASSUNGSMÄSSIGE RECHTE

5.1. Grundsatz der Geltung der verfassungsmässigen Rechte im Gebiete des gesteigerten Gemeingebrauchs

5.1.1. Im allgemeinen

5.1.2. Freiheitsrechte

5.1.2.1. Persönliche Freiheit

5.1.2.2. Religionsfreiheit

5.1.2.3. Meinungsäusserungsfreiheit und Versammlungsfreiheit

5.1.2.4. Eigentumsgarantie

5.1.2.5. Handels- und Gewerbefreiheit

5.1.2.6. Andere Freiheitsrechte

5.1.3. Rechtsgleichheit und andere staatsleitende Grundsätze

5.1.3.1. Rechtsgleichheit

5.1.3.2. Treu und Glauben

5.1.3.3. Verhältnismässigkeit

5.1.4. Petitionsfreiheit und Initiativrecht

- 5.2. Grundrechtseinschränkungen im Bereiche des gesteigerten Gemeingebrauchs
 - 5.2.1. Gesetzliche Grundlage
 - 5.2.2. Deffentliches Interesse
 - 5.2.3. Verhältnismässigkeit
 - 5.2.3.1. Zwecktauglichkeit
 - 5.2.3.2. Zweckforderlichkeit
 - 5.2.3.3. Verhältnismässigkeit i.e.S.
 - 5.2.4. Sonderfragen
 - 5.2.4.1. Das Problem der präventiven Kontrolle von Meinungs-
äusserungen
 - 5.2.4.2. Das Verbot rein wirtschaftspolitischer Einschränkungen
der HGF
 - 5.2.4.3. Auswahlermessen und Auswahlmechanismen

BESONDERER TEIL

AUSGEWAHLTE FAELLE AKTUELLER BENUETZUNGSFORMEN

1. ANSPRECHEN AUF DER STRASSE
2. VERKAUF UND VERTEILUNG VON DRUCKSACHEN
3. STRASSENMUSIKANTEN
4. STRASSENPROSTITUTION
5. SAMMLUNGEN ALLER ART
6. BLUMENSCHMUCK
7. STRASSENMALEREI
8. STRASSENCAFES

9. PARKIEREN

- 9.1. Abgrenzungen
- 9.2. Dauerparkieren
- 9.3. Parkieren zu gewerblichen Zwecken
- 9.4. Parkieren in Verkehrszentren und Kernzonen

10. DIE RECHTSSTELLUNG DER ANRAINER

- 10.1. Verkauf direkt auf den öffentlichen Grund hinaus
- 10.2. Gesteigerte Zu- und Wegfahrt
- 10.3. Baumaterialien und -installationen

11. BENUTZUNG DES ÖFFENTLICHEN GRUNDES DURCH TAXIFAHRZEUGE

12. DEMONSTRATIONEN

- 12.1. Grundrechtsschutz
 - 12.1.1. Demonstrationsfreiheit
 - 12.1.2. Rechtsgleichheit

12.2. Einschränkungen der Demonstrationsfreiheit

12.2.1. Öffentliches Interesse

12.2.2. Gesetzliche Grundlage

12.2.3. Verhältnismässigkeit

12.2.4. Zuständigkeit

13. DIE BENÜTZUNG DES ÖFFENTLICHEN WALDES

13.1. Problemstellung: Die öffentlich-sachenrechtliche Qualifikation des Waldes

13.2. Rechtstheoretische Qualifikation durch die herrschende Praxis und Lehre

13.3. Positivrechtliche Regelungen unterer Stufe

13.4. Funktionale Betrachtungsweise

13.5. Ergebnis

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Falls die Zitierweise nicht nur den Familiennamen des bzw. der Autoren enthält, ist sie in Klammer vermerkt.

- | | |
|--|--|
| Aubert Jean-Francois | Traité de Droit Constitutionnel
Suisse, Neuchâtel 1967. Supplément,
Neuchâtel 1982 |
| Bosshart Jürg | Demonstrationen auf öffentlichem
Grund, Diss. Zürich 1973 |
| Cottier Thomas | Die Verfassung und das Erforder-
nis der gesetzlichen Grundlage
Diss. Bern 1983 |
| Dilger Peter | Raumplanungsrecht der Schweiz,
Dietikon 1982 |
| Fleiner Fritz
(Fleiner, Institutionen) | Institutionen des Deutschen
Verwaltungsrechts, 7. Auflage,
Tübingen 1922 |
| Fleiner Fritz
(Fleiner, Bundesstaats-
recht) | Schweiz. Bundesstaatsrecht,
Tübingen 1922 |
| Fleiner-Gerster Thomas | Grundzüge des allgemeinen und
schweizerischen Verwaltungsrechts,
2. Auflage, Zürich 1980 |
| Fleiner Fritz/
Giaccometti Zaccharia
(Fleiner/Giaccometti) | Schweizerisches Bundesstaatsrecht,
Zürich 1949 |

- Frick Rolf J. Faktische Interessen, Chancen und Hoffnungen als Schutzobjekte der Eigentumsgarantie, Diss. Bern 1985
- FS Grisel Mélanges André Grisel, publiés par l'Université de Neuchâtel, 1983
- Greuter Robert Das Recht der öffentlichen Sachen im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1919
- Grisel André Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984
- Häfelin Ulrich/
Haller Walter Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984
- Hangartner Yvo Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Zürich 1980 (Bd. 1), 1982 (Bd. 2)
- Hangartner Yvo
(Hangartner, Widerruf) Widerruf und Aenderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, Zürich und St. Gallen 1959
- Imboden Max/Rhinow René A. Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 5. Auflage, Basel 1976



Jellinek Walter	Verwaltungsrecht, Berlin 1931 Mit Nachtrag 1934
Jost Andreas	Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975
Knapp Blaise	Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1983
Korrodi Nikola	Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht, Diss. Zürich 1973
Kromer Michael	Sachenrecht des öffentlichen Rechts, Berlin 1985
Lyk Reto A.	Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungspflichten im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1970
Marti Hans	Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel und Stuttgart 1976
Müller Jörg Paul/ Müller Stefan	Grundrechte, Besonderer Teil, Bern 1985
Müller Jörg Paul (Müller, Elemente)	Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982

- | | |
|---|--|
| Müller Jörg Paul
(Müller, Praxis) | Praxis der Grundrechte,
Bern 1983 |
| Pfenninger Peter | Die Erteilung von Konzessionen und
Bewilligungen bei Fremdenverkehrs-
bahnen und Skiliften,
Diss. Zürich 1968 |
| Ruck Erwin | Schweizerisches Verwaltungsrecht,
3. Auflage, Zürich 1951
(Bd. 1), 1953 (Bd. 2) |
| Rüesch Adrian | Die Versammlungsfreiheit nach
schweizerischem Recht,
Diss. Zürich 1983 |
| Saladin Peter
(Saladin, Widerruf) | Der Widerruf von Verwaltungsakten,
Basel 1960 |
| Saladin Peter
(Saladin, Grundrechte) | Grundrechte im Wandel, 3. Auflage,
Bern 1982 |
| Schauwecker Daniel | Verkehrsfreie Innenstädte,
Diss. Zürich 1976 |
| Schürmann Leo | Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Bern 1983 |
| Schwarzenbach Hans Rud. | Grundriss des allgemeinen Ver-
waltungsrechts, Bern 1983 |

- | | |
|-----------------------|---|
| Sintzel Kurt | Die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1962 |
| Stüdeli Rudolf | Die Handels- und Gewerbebefreiheit auf dem öffentlichen Grund und Boden, Diss. Bern 1951 |
| Suhr Reto | Möglichkeiten und Grenzen der Kodifizierung des allgemeinen Teils des schweizerischen Verwaltungsrechts, Diss. Zürich 1975 |
| Trachsel Daniel | Ueber die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980 |
| Waser Hugo | Das Recht der öffentlichen Sachen im Kanton Nidwalden, Diss. Zürich 1967 |
| Weber-Dürler Béatrice | Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt a.M. 1983 |
| Werren Hugo | Zur rechtlichen Analyse der Parkplatzbenützung, Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht Bd 18 Zürich 1986 |

- | | |
|-----------------|---|
| Wicki Franz | Die öffentliche Strasse und ihre Benützung, Diss. Freiburg 1967 |
| Zimmerli Ulrich | Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Diss. Basel 1978 = ZSR 1978/II, 1 ff. |
| Zürcher Beat | Das Taxigewerbe aus verwaltungsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1978 |

ABKÜRZUNGS - UND

ZEITSCHRIFTENVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
allg.	allgemein
APV	Allgemeine Polizeiverordnung
Art.	Artikel
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AT	Allgemeiner Teil
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz

Bg	Bundesgericht
BGE	Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BT	Besonderer Teil
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E./Erw.	Erwägung
FS	Festschrift
GS	Zürcher Gesetzessammlung 1981 des Kantons Zürich
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
i.f.S.	im formellen Sinn
i.m.S.	im materiellen Sinn
i.w.S.	im weiteren Sinn
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten

m.E.	meines Erachtens
MFG	BG über den Motorfahrzeug- und Motorradverkehr vom 15.3.1932 (BS Bd. VIII, 595)
N	Note
Nr.	Nummer
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
Pra	Praxis des Bundesgerichts, Basel
recht	recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern
s.	siehe
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SSV	Verordnung über die Strassensignalisation vom 5. September 1979 (SR 741.21)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
u.a.	unter anderem

u.ä.	und ähnliche(s)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
VBöGS Wi	Vorschriften über die Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken vom 8. Juni 1979 (Stadt Winterthur)
VBöGS Zch	Vorschriften über die vorübergehende Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken vom 16. Juni 1972, Städt. Amtsblatt 16.1.73 (Stadt Zürich)
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich
ZG	Zürcher Gesetzessammlung 1961
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

ALLGEMEINER TEIL

RECHTSNATUR UND DOGMATISCHE EINORDNUNG

1. BEGRIFF UND ABGRENZUNGEN

1.1. Begriff und Abgrenzung des gesteigerten vom einfachen Gemeingebruch

In der Verwendung des Begriffs "gesteigerte Gemeingebruch" folgt die Lehre weitgehend den in der Bundesgerichtspraxis erarbeiteten Grundsätzen. Es handelt sich demnach um die Benützung der öffentlichen Sachen im Gemeingebruch in drei qualifizierten Fällen: Der Gebrauch ist nicht mehr gemeinverträglich, er geht über die Zweckbestimmung der Sache hinaus, oder er stört anderen Personen zustehende Sondernutzung oder gesteigerten Gemeingebruch(1) oder den normalen Gemeingebruch(2).

Diese Begriffsbestimmung soll im folgenden einer kritischen Betrachtung unterworfen werden. Sie hat praktische Relevanz, weil die Frage, ob ein Gemeingebruch ein gesteigerte sei, darüber entscheidet, ob er den entsprechenden Regelungen unterliegt, namentlich der Befugnis des Gemeinwesens, ohne substantiierte gesetzliche Grundlage beschränkend oder verbotend einzugreifen (vgl. unten 4.).

1.1.1. Die öffentlichen Sachen im Gemeingebruch

Was öffentliche Sache im Gemeingebruch ist, wird nicht

durch die privatrechtlichen Kriterien der Sachqualität(3) und des Eigentums(4) bestimmt, sondern durch den Zweck(5). Die öffentlichen Sachen stehen aufgrund eines Verwaltungsaktes oder "von Natur aus" der Allgemeinheit zur Verfügung. Letzteres ist der Fall bei Luftraum(6) und fliessenden Gewässern, ersteres z.B. bei öffentlichen Strassen.

1.1.2. Fehlende Gemeinverträglichkeit

Die Gemeinverträglichkeit fehlt, wenn sich die gleichartige Mitbenützung durch andere nicht mehr durch eine allgemeine Benützungsordnung regeln lässt, sondern Sonderregelungen, namentlich eine zeitliche oder räumliche Aufteilung für den Einzelfall notwendig würden. Es kann sich hier allerdings nicht um eine prinzipielle Unterscheidung handeln, sondern nur um eine graduelle. Denn jeder gewöhnliche Gemeingebrauch schliesst aus, dass ein anderer zu gleicher Zeit an der gleichen Stelle dasselbe tut. Die Unterscheidung muss sich daher nach den für eine Benützungsart sich ergebenden Auswirkungen richten. So nennen Imboden/Rhinow (Nr. 118 B I a) es als massgebend, ob die Benützung "praktisch" noch durch generelle Regeln geordnet werden kann. Knapp(7) stellt darauf ab, ob die Benützung "kollektiver Art ist und polizeiliche Massnahmen notwendig macht". Dabei ist zu beachten, dass zur Prüfung dieser Frage nicht auf den betreffenden Einzelfall, sondern auf die Benützungsart generell abgestellt werden muss. Die Aufstellung eines einzigen Standes oder das Legen einer Leitung ist ja ohne besondere Regelung möglich. Massgebend ist, ob das gleiche auch durch eine grössere Anzahl von Benützern ohne Sonderregelung getan werden könnte(8). Wie ist nun aber die "Grössere Anzahl" zu definieren? Bei einer extrem grossen Zahl von Benützern ist ja auch der einfache Gemeingebrauch nicht mehr "gemeinverträglich", d.h. es können

nie wirklich beliebig viele ihn ausüben. Es wäre verlockend, jetzt das Kriterium der Zweckentsprechung einfließen zu lassen. Doch erweist sich dieses aus unten (1.1.1.3.) zu besprechenden Gründen als untauglich. Auch sollte nicht darauf abgestellt werden, wieviele Bewerber nach der Erfahrung tatsächlich zu erwarten sind. Dann wäre nämlich keine klare Zuordnung der Gebrauchsarten mehr möglich. Dieser Gesichtspunkt ist deshalb erst beim Einzelfallentscheid in der Interessenabwägung zu beachten.

Die Abgrenzung muss sich vielmehr aus dem zu fordernden Mass an Gemeinverträglichkeit selbst ergeben. Sie liegt m.E. da, wo schon eine erheblich unter der möglichen Menge von Normalbenützern liegende Anzahl von Ausübern der fraglichen Benützungsart eine Sonderregelung nötig machen würde. Nur dann scheint sich mir die verringerte Anforderung an die gesetzliche Grundlage zu rechtfertigen. Konkret würde die Grenze dann wohl etwa bei den Straßenmusikanten, Sandwichmen und Flugblattverteilern verlaufen, deren Zuordnung im besonderen Teil genau zu untersuchen ist.

Hieraus ergibt sich der Gedanke, ein Gebrauch solle dann als gesteigerter Gemeingebrauch angesehen (und folglich der Bewilligungspflicht unterstellt) werden, wenn dies im Interesse einer geordneten Nutzung als notwendig erscheint(9). Im Lichte dieses Gedankens sollen auch die anderen Fälle, in denen Praxis und herrschende Lehre gesteigerten Gemeingebrauch annehmen, kritisch betrachtet werden.

Zunächst der Fall, dass ein Gewerbe betrieben wird unter Benützung einer im Gemeingebrauch stehenden Sache. Er wird von Imboden/Rhinow und Schwarzenbach unter dem Stichwort Gemeinverträglichkeit behandelt(10). Beide Au-

toren formulieren dabei so, dass der Eindruck entsteht, eine gewerbliche Benützung der Sache im Gemeingebrauch sei immer gesteigerter Gemeingebrauch. Das ergibt sich aber aus den bundesgerichtlichen Aeusserungen nicht. Vielmehr scheint das Bg der m.E. richtigen Ansicht zu sein, dass auch bei gewerblicher Benützung ein gesteigerter Gemeingebrauch nur dann gegeben ist, wenn zusätzlich die Gemeinverträglichkeit fehlt. So wird in Pra 1955, 280 f. das Ein- und Ausladen ab einem kurzzeitig dafür parkierten Wagen als Beispiel für geschäftlichen Zwecken dienenden und doch nicht gesteigerten Gemeingebrauch bezeichnet. Aber auch im Leitfall von Imboden/Rhinow(11) selbst und in neueren Entscheiden(12) lässt das Bg erkennen, dass nicht die Gewerbsmässigkeit allein zur Annahme gesteigerten Gemeingebrauchs führen kann.

Zwei weitere Ueberlegungen führen zum selben Ergebnis: Zum ersten lassen sich ohne weiteres gewerbliche Tätigkeiten unter Verwendung von Sachen im Gemeingebrauch aufzählen, bei denen niemand an gesteigerten Gemeingebrauch denkt, so z.B. gewerbsmässigen Warentransport mit Lastwagen(13), tränken von Vieh an einem Fluss oder See(14) oder die Tätigkeit des Bergführers. Das bedeutet, dass hier wiederum eine Abgrenzung nötig würde, zu der auch die für nichtgewerbliche Nutzung bestehenden Kriterien dienen müssten.

Zum andern ist kein sachlicher Grund zu finden, weshalb der Staat (ohne substantiierte gesetzliche Grundlage, s. unten 4.) in eine gewerbliche Tätigkeit soll eingreifen können, nur weil sie auf öffentlichem Grund stattfindet, wenn sie keine der Voraussetzungen erfüllt, die zur Annahme gesteigerten Gemeingebrauchs führen. Solche Eingriffe liessen sich allenfalls gewerbepolizeilich begründen, aber nicht mit der Notwendigkeit, die Nutzung der Sachen im Gemeingebrauch zu regeln.

Somit entfällt m.E. die Gewerblichkeit als Unterscheidungsmerkmal und entsprechende Tätigkeiten sind auf das Vorliegen derselben Eigenschaften zu prüfen wie die nichtgewerblichen(15).

1.1.3. Die Bedeutung des Zwecks der benutzen Sache

Die massgebenden Autoren sind der Ansicht, gesteigerter Gemeingebrauch liege vor, wenn die Nutzung "nicht der gewöhnlichen Zweckbestimmung der Sache entspricht"(16). Es ist zu prüfen, ob sich in der bundesgerichtlichen Praxis hierfür eine Stütze findet.

In BGE 100 Ia 396 werden exemplarisch die beiden Möglichkeiten aufgeführt, die Bedeutung des Zwecks der öffentlichen Sache zu definieren:

Einerseits:

"Der bewilligungsfreie Gemeingebrauch von Strassen und Plätzen wird in erster Linie bestimmt durch den der Widmung entsprechenden Zweck. Die Grenze des bewilligungsfreien Gebrauchs kann so gezogen werden, dass jede Benützung, die sich nicht mit dem widmungsgemässen Zweck deckt, als bewilligungspflichtig, d.h. als gesteigerter Gemeingebrauch betrachtet wird."

Andererseits:

"Denkbar ist aber auch eine etwas weitere Fassung des bewilligungsfreien Gebrauchs, indem auch durch den Hauptzweck nicht gedeckte Benützungsformen noch als bewilligungsfreier Gemeingebrauch toleriert werden, sofern sie den Hauptzweck der Strasse oder des Platzes nicht beeinträchtigen und keine Kontrolle oder spezielle Ueberwachung erfordern."

Die Frage lautet also: Soll gesteigerter Gemeingebrauch schon dann angenommen werden, wenn eine Benützungsart nicht dem Zweck der benützten Sache entspricht, oder erst dann, wenn sie den zweckgemässen Gemeingebrauch der andern stört? Sie wurde von Bg im zit. Entscheid offengelassen und soweit ersichtlich seither nicht mehr expli-

zit behandelt.

Sie ist m.E. dahingehend zu beantworten, dass als gesteigert nur jener Gebrauch angesehen werden soll, der den gewöhnlichen, zweckgemässen Gemeingebrauch stört(17). Aus der Tatsache allein, dass ein im Gemeingebrauch stehender Ort zu einem bestimmten Zweck gewidmet wurde, soll keine Befugnis des Gemeinwesens erwachsen, in alle anderen Verwendungsarten ohne gesetzliche Grundlage regelnd oder gar verbietend einzugreifen (immer vorausgesetzt, dass sie die zweckmässige Nutzung nicht stören). Für dringliche Sonderfälle genügt die polizeiliche Generalklausel vollauf, und wenn keine Dringlichkeit vorliegt, so kann ja eine gesetzliche Grundlage zum Eingreifen in den einfachen Gemeingebrauch geschaffen werden. Was der Normalgebrauch der Sache ist, bestimmt sich nach dem im Widmungsakt festgelegten Zweck oder auch nach späteren Erlassen. Eine genauere Konkretisierung kann sich auch aus der Ortsübung oder der Behördenpraxis ergeben(18). Entgegen Fleiner-Gerster 390 ist aber m.E. die Bedeutung des Ortsgebrauches nur die, dass als gesteigert betrachtet wird, was ihn stört, nicht schon, was über ihn hinausgeht.

Somit ergibt sich: Gesteigerter Gemeingebrauch liegt auch vor, wenn eine Gebrauchsart den zweckgemässen Gemeingebrauch stört.

In BGE 105 Ia 93 wird dieser Gesichtspunkt unter dem Stichwort Gemeinverträglichkeit behandelt, was mir sinnvoll scheint. Der Gebrauch müsste demnach in zweifacher Hinsicht gemeinverträglich sein. In beiden Fällen kann der Begriff der Gemeinverträglichkeit gleichermassen mit dem Kriterium der Notwendigkeit einer Sonderregelung abgegrenzt werden(19).

- a) "interne" Gemeinverträglichkeit: Die einzelnen Ausübenden der entsprechenden Benützungsart stören sich untereinander nicht. Dies ist z.B. im Falle von Demonstrationszügen nicht gegeben, weil nicht zwei solche Züge zugleich die gleiche Strasse benutzen können. Eine Sonderregelung ist nötig aus Platzgründen und um ein Aneinandergeraten verschieden gesinnter Demonstranten zu verhindern. In diesem Sinn wurde der Begriff "Gemeinverträglichkeit" oben (1.1.2.) verstanden.
- b) Gemeinverträglichkeit mit dem einfachen Gemeindegebrauch: Diese fehlt z.B., wenn ein Strassenmusikant in einer vielbegangenen, engen Strasse spielt, da sich nach der Erfahrung eine Menschentraube bildet und so der Fussgängerverkehr gestört wird.

Unrichtig scheint mir deshalb, wenn in Gemeindeerlassen (z.B. den Vorschriften über die Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken der Städte Zürich und Winterthur), wie schon der Titel sagt, auf den Zweck, statt auf die Gemeinverträglichkeit abgestellt wird. Nach der hier vertretenen Ansicht sollten zweckwidrige, aber gemeinverträgliche Aktivitäten gar nicht der Bewilligungspflicht unterworfen werden (vgl. VBöGS Zch. Art. 25).

1.1.4. Störung anderer Berechtigter

Der Fall, dass der Gemeindegebrauch anderer gestört wird, wurde soeben (1.1.3.) behandelt. Des weiteren wird vertreten, auch die Nichtverträglichkeit mit konzessionierter Sondernutzung oder bewilligtem gesteigertem Gemeindegebrauch eines Dritten mache Gemeindegebrauch zum gesteigerten(20). Dabei stützen sich die Autoren namentlich auf BGE 88 I 24.

Dort heisst es:

"Eine Benutzung, die intensiver als die gewöhnliche ist, darf auch dann als gesteigerter Gemeingebrauch betrachtet werden, wenn sie zwar den allgemeinen Gebrauch nicht hindert, wohl aber eine Benutzung stört, die einem oder mehreren Privaten als gesteigerter Gemeingebrauch oder Sondernutzung auf Grund einer Bewilligung oder Konzession gestattet ist, wie es bei der rechtmässigen Ausübung der vom Staat als Inhaber des Regals verliehenen Fischereirechts der Fall ist."

Diese Betrachtungsweise erscheint mir weder stichhaltig noch zweckmässig. Die Tatsache, dass sich eine Gebrauchsart nicht verträgt mit zuvor bewilligtem gesteigertem Gebrauch oder zuvor gewährter Sondernutzung macht sie m.E. nicht selbst zum gesteigerten Gemeingebrauch. Ergibt die Betrachtung der neuen Gebrauchsart ohne Berücksichtigung dieser Nichtverträglichkeit, dass einfacher Gemeingebrauch vorliegt, dann kann sich daran durch den genannten Umstand nichts ändern. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Erteilung einer Sondernutzungskonzession und die Bewilligung von gesteigertem Gemeingebrauch, welche den normalen Gemeingebrauch stören, dem Gemeinwesen auch das Recht, bzw. sogar die Pflicht geben, soweit notwendig auch in diesen regelnd einzugreifen, ohne dass sich dabei etwas an seiner Natur als einfacher Gemeingebrauch ändern würde. Anders ausgedrückt: Damit der Verwaltungsbehörde das Recht zusteht, eine Gebrauchsart, die sich mit zuvor bewilligter gesteigerter Nutzung nicht verträgt, regeln zu können, bedarf es gar nicht der Konstruktion, erstere ebenfalls als gesteigert zu bezeichnen. Die Notwendigkeit und Zulässigkeit der Regelung gesteigerter Nutzung muss die Befugnis implizieren, auch später auftretenden Normalgebrauch soweit nötig zu beschränken. Dies ergibt sich ganz zwanglos und logisch aus einer Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse. Werden z.B. zwecks Durchführung eines Umzugs Schranken entlang der Strasse aufgestellt, um denselben in bestimmten Bahnen zu halten, so wird damit ganz automatisch

auch der einfache Gemeingebrauch für die Zeit des Vorbeizugs auf das Gebiet ausserhalb der Schranken verwiesen.

Anders ist die Lage, wenn zuvor nicht eine gesteigerte Nutzung bewilligt, sondern die Widmung der Sache geändert wurde. Dann stört die neue Benutzungsart, auch wenn sie anderswo als einfacher Gemeingebrauch zu qualifizieren wäre, den widmungsgemässen Normalgebrauch und ist somit nicht mehr gemeinverträglich, was dann zur Annahme gesteigerten Gemeingebrauchs führt (s. oben 1.1.3.).

1.1.5. Versuch einer Definition

Aus dem Gesagten ergibt sich etwa die folgende Definition: Gesteigerter Gemeingebrauch liegt vor, wenn eine im Gemeingebrauch stehende Sache so benutzt wird, dass die gleichartige Mitbenutzung durch andere oder die gleichzeitige Ausübung des einfachen Gemeingebrauchs eine Sonderregelung notwendig macht, und keine Sondernutzung vorliegt.

1.2. Abgrenzung von der Sondernutzung

Zur Definition der Sondernutzung trug die bundesgerichtliche Rechtssprechung bis anhin so gut wie nichts bei(21). In der Literatur werden eine Fülle von Formulierungen angeboten. Als Merkmale der Sondernutzung werden erwähnt:(22)

- die besonders intensive Nutzung
- die lange Dauer derselben
- ihre Zweckfremdheit
- der Ausschluss anderer Benützung

- der Eingriff ins Substrat oder die Aenderung am Zustand der Sache(23)
- die Verleihung als wohlerworbenes Recht(24)

Die Abgrenzung ist in erster Linie für die Verwaltungsbehörde vonnöten, denn sie hat zu entscheiden, ob eine beantragte Nutzungsart gesteigerter Gemeingebrauch oder Sondernutzung sei. Je nachdem sind die Voraussetzungen und die Rechtsnatur der Bewilligungserteilung sehr verschieden(25). Doch auch für den Rechtsunterworfenen kann die Unterscheidung wichtig sein: Zum einen kann sich ein vom gewöhnlichen Gemeingebrauch Verdrängter unter Umständen gegen eine Entwidmung (darauf läuft die Gewährung einer Sondernutzungskonzession ja hinaus) zur Wehr setzen(26), was beim gesteigerten Gemeingebrauch, wo die zweckgemässe Nutzung nur eingeschränkt und nicht aufgehoben wird, kaum denkbar ist.

Zum anderen ist die Abgrenzung interessant für denjenigen, der die fragliche Tätigkeit ausüben will. Wird diese nämlich als Sondernutzung betrachtet, gelten bezüglich Grundrechtsschutz die für ihn ungünstigeren (im Rahmen dieser Arbeit nicht zu behandelnden) Regeln über den Anwärter auf eine Sondernutzungskonzession(27).

Es ist hier noch schwieriger als bei der Abgrenzung vom einfachen Gemeingebrauch, brauchbare allgemeingültige Kriterien zu entwickeln. Es scheint mir, dass man nicht um eine kasuistische Aufzählung der Fälle durch die Gerichtspraxis herumkommt(28). Bei der Bestimmung dieser Schranke muss (wie bei der Abgrenzung einfacher-gesteigerter Gemeingebrauch) massgebend sein, ob die Zuordnung zur Sondernutzung aus öffentlich-sachenrechtlichen Gründen, d.h. zur Ermöglichung eines reibungslosen Benüt-

zungsablaufs, geboten ist. Solche Gründe können namentlich in folgenden Umständen liegen:

- Die Gebrauchsart bringt nicht nur eine Beeinträchtigung anderer Benützer mit sich, sondern schliesst diese aus(29).
- Der Ausschluss anderer ist "dauernd"(30).
- Es sind mit dem Boden fest verbundene bauliche Vorrichtungen zur Ausübung erforderlich(31).

Hier kann man nun doch etwas konkreter werden und einige Fallgruppen bilden, die jedenfalls die Intensität einer Sondernutzung erreichen. Darin lassen sich auch die Fälle unterbringen, in denen das Bg bis anhin Sondernutzung angenommen hat:

- Dem Benützer wird eine bestimmte Stelle oder ein Teil der Sache zum alleinigen Gebrauch dauernd zugewiesen. Bsp.: Ein Zeitungshändler stellt sich und seine Auslage dauernd am gleichen Ort auf(32). Der Entscheid unterscheidet allerdings nicht klar zwischen Sondernutzung und gesteigertem Gemeingebrauch(33).
- Der Benützer entnimmt vom Substrat der Sache. Bsp.: Entnahme von 5.6 m³/sek. Wasser aus dem Zürichsee(34).
- Allerdings ist hier m.E. zu differenzieren. Es führt nämlich nicht jede solche Entnahme automatisch zur Annahme von Sondernutzung; z.B. wäre das Tränken von Vieh an einem See oder Bach sogar dem einfachen Gemeingebrauch zuzuordnen. Das erwähnte Abgrenzungskriterium (reibungsloser Benutzungsablauf) lässt sich im Falle der Substratentnahme dahingehend konkretisieren, dass massgebend ist, ob bereits die Benützung durch eine er-

heblich unter der möglichen Menge von Benützern liegende Anzahl von Entnehmern eine merkbare Verminderung des Gesamtsubstrates zur Folge hätte. Dies ist beim Viehtränken und wohl auch bei der Entnahme von 5.6 m³ Wasser pro Sek. aus dem Zürichsee nicht der Fall. Solche Benützungsarten können daher dem gesteigerten oder sogar dem einfachen Gemeingebrauch zugeordnet werden. Die Gefahr, dass das Substrat aufgebraucht wird, besteht nicht, da ja eine Bewilligungspflicht statuiert werden darf und unter den Bewilligungsbewerbern eine Auswahl getroffen werden kann, wenn mehr solche vorhanden sind, als das Substrat ertragen würde (S. dazu unten 5.2.4.3.).

Die in BGE 75 I 9 beurteilte Wasserentnahme hätte aber auch deshalb als Sondernutzung betrachtet werden können, weil dauernde bauliche Einrichtungen nötig waren.

- Wenn der Petent ein wohlerworbenes Recht an der Benutzung beantragt, kann die Behörde davon ausgehen, dass er eine Benutzungsform ausüben will, deren Intensität diejenige einer Sondernutzung erreicht und somit die dafür bestimmten Regeln anwenden. Davon abgesehen könnte auf die Erteilung eines wohlerworbenen, durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechts natürlich nicht derselbe Anspruch bestehen wie auf gesteigerten Gemeingebrauch im allgemeinen (d.h. ohne Einräumung eines wohlerworbenen Rechts), auch wenn von der Gebrauchsintensität her gesehen keine Sondernutzung vorläge.

1.3. Grundsätzliches zur Dreiteilung

Saladin ist der Ansicht, die Dreiteilung sei heute grundsätzlich fragwürdig und man würde besser die französische Zweiteilung übernehmen⁽³⁵⁾. Dem kann ich nicht zu-

stimmen, da gemäss den vorstehenden Erörterungen jede der drei Stufen eine sachlich gerechtfertigte und nötige Einheit bildet:

- Der einfache Gemeingebrauch als voll grundrechtsgeschützte Normaltätigkeit, für deren Beschränkungen alle Voraussetzungen staatlicher Verwaltungstätigkeit gegeben sein müssen.
- Der gesteigerte Gemeingebrauch, in dessen Bereich die Grundrechte für den Patenten ebenfalls volle Geltung haben, wo aber bezüglich gesetzlicher Grundlage und genereller Normierung geringere Anforderungen an Einschränkungen gestellt werden, s. unten (4). Der Bewilligungsinhaber ist nur im Rahmen der Regeln über den Widerruf von Verfügungen gegen den Entzug geschützt.
- Schliesslich die Sondernutzung, wo der Patent schon aus praktischen Gründen jedenfalls nicht denselben Benützungsanspruch aus den Grundrechten haben kann und ein solcher von Lehre und Praxis auch eher abgelehnt wird(36) und wo der Behörde ein umfassendes Auswahlermessen zusteht, bei dessen Ausübung sie lediglich ans Willkürverbot gebunden ist. Dafür geniesst der Inhaber eines Sondernutzungsrechts den Schutz der Eigentumsgarantie.

2. DIE RECHTSNATUR DES BENUETZUNGSVERHAELTNISSES: GEWAHRENLASSEN ODER STAATLICHE LEISTUNG?

In älteren Publikationen wird die damalige Auffassung, die Ausübung gesteigerten Gemeingebrauchs genieße nicht den Schutz der Freiheitsrechte, damit begründet, diese gewährten keinen Anspruch auf positive Leistung des Staates(37). Dasselbe liest man auch in den Bundesgerichtsentscheiden jener Zeit(38).

Nach der in einer Reihe von Entscheiden entwickelten heutigen Praxis wird nun der Grundrechtsschutz gewährt (s. unten 5.). Für diese Praxisänderung sind zwei Begründungen denkbar:

- Entweder hält man daran fest, dass die Grundrechte keinen Anspruch auf staatliche Leistung gewähren, betrachtet aber den gesteigerten Gemeingebrauch (entweder generell oder nur in bestimmten Fällen) nicht als Empfang einer Leistung.
- oder man bleibt dabei, dass die Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch als staatliche Leistung anzusehen sei, gewährt nun aber aus den Grundrechten (entweder generell oder nur im Fall gesteigerten Gemeingebrauchs) einen Anspruch auf eine solche Leistung.

Drei dieser vier Begründungsvarianten, nämlich

- a) gesteigerter Gemeingebrauch ist generell kein Empfang einer staatlichen Leistung
- b) Anspruch auf staatliche Leistung kann sich generell aus den Freiheitsrechten ergeben
- c) Anspruch auf staatliche Leistung kann sich beim gesteigerten Gemeingebrauch aus den Freiheitsrechten ergeben

führen zum gleichen Ergebnis, nämlich zur Bejahung des Grundrechtsschutzes für alle Fälle gesteigerten Gemeingebrauchs. Lediglich die Variante

- d) gesteigerter Gemeingebrauch ist in gewissen Fällen Empfang einer staatlichen Leistung, in anderen nicht, und nur in letzteren Fällen wird Grundrechtsschutz gewährt

bereitet Schwierigkeiten. Es ist dann nämlich abzugrenzen, wann ein gesteigerter Gemeingebrauch eine staatliche Leistung darstellt und wann nicht. Aus Formulierungen in verschiedenen BGE ergibt sich m.E., dass die Variante d) nicht gewollt ist:

- Pra 1976, 214 f.:

"An der bisherigen Praxis kann daher nicht festgehalten werden. Sie ist in dem Sinne zu ändern, dass der Bürger, der den öffentlichen Grund für die Ausübung einer auf Gewinn gerichteten beruflichen Tätigkeit benutzt, sich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen kann, soweit der Zweck des öffentlichen Bodens es gestattet (vgl. BGE 99 I 399 = Pr 63 Nr. 9)."

- BGE 100 Ia 401:

"Eine politische Demonstration ist regelmässig auch eine Betätigung der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit (vg. BGE 96 I 223 ff., 99 Ia 693). Sie wird dadurch, dass sie, entsprechend ihrem Zweck und Wesen, auf öffentlichem Grund stattfindet, dem Schutzbereich dieser Grundrechte nicht entzogen."

- BGE 105 Ia 94 und ähnliche Formulierungen in anderen Entscheiden:

"Sie hat darüber hinaus den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte.... in die Interessenabwägung einzubeziehen."

Diese Formulierungen gewähren alle den Grundrechtsschutz, ohne eine Einschränkung bezüglich der Natur der Bewilligung als Leistung oder Gewährenlassen zu machen. Da soweit

ersichtlich auch in keinem anderen Entscheid eine solche Differenzierung vorgenommen wird, kann m.E. davon ausgegangen werden, dass sie nicht gewollt ist.

Dies scheint mir auch die richtige Lösung zu sein, denn erstens wäre die Abgrenzung sehr schwierig und kaum befriedigend allgemeingültig zu definieren(39) und zweitens besteht gar keine Notwendigkeit zu der Unterscheidung. Auch dort, wo die Gewährung der Bewilligung allenfalls als staatliche Leistung anzusehen wäre, bestehen nicht die Gefahren unkontrollierbarer Ausdehnung der Ansprüche und fehlender Justiziabilität.

Beim Bewilligungsentscheid erfolgt eine Interessenabwägung, welche bei Grundrechtsverletzungen im staatsrechtlichen Beschwerdenverfahren überprüft wird. Die dabei gegeneinander abzuwägenden Interessen liegen in aller Regel im Bereiche der Benutzung öffentlicher Sachen klar zutage und ihre Gewichtung kann leicht nach objektiven Gesichtspunkten erfolgen und überprüft werden (anders als vielleicht bei der Gewährung von sog. sozialen Grundrechten).

Somit ergibt sich, dass die vorerwähnte Variante d) ausfällt.

Ob nun das Bundesgericht davon ausgeht, die Bewilligung gesteigerten Gemeindegebrauchs sei keine staatliche Leistung(40) oder ob es in Hinwendung zu einem konstitutiv-institutionellen Verfassungsverständnis für gewisse oder alle staatlichen Leistungen den Grundrechtsschutz gewähren will(41), geht aus den Entscheiden nicht klar hervor(42). Diese Frage näher zu behandeln, würde aber auch den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Für die Untersuchung der Rechtslage beim gesteigerten Gemeindegebrauch genügt es, davon auszugehen, dass das Bg den Grundrechtsschutz (unter Voraussetzungen und mit Wirkungen, die näher zu beschrei-

ben sind, s. unten 5.) für denjenigen, der gesteigerten Gemeingebrauch ausüben will, ganz generell gewährt.

Mit anderen Worten: die im Titel gestellte Frage ist für die rechtliche Behandlung des gesteigerten Gemeingebrauchs ohne Relevanz(43). Aus welchen Gründen dies so ist, kann der bundesgerichtlichen Praxis nicht klar entnommen werden.

3. DIE RECHTSNATUR DER BEWILLIGUNG

3.1. Vorbemerkung

Die im folgenden zu behandelnde Bewilligungspflicht ist diejenige, die eine Behörde kraft Aufsichtsrechts über die öffentliche Sache und bei Fehlen besonderer gesetzlicher Regelung statuieren darf.

Es lassen sich verschiedene Fälle denken, in denen von diesem Normalfall abgewichen wird:

- Bei Vorliegen der dafür geforderten Voraussetzungen kann die Behörde aufgrund der polizeilichen Generalklausel eingreifen ("Polizeinotverfügung").(44)
- Die zur Entwidmung einer Sache zuständige Behörde kann im Ergebnis auch für eine Tätigkeit, die gemäss den in dieser Arbeit vertretenen Abgrenzungskriterien nur gesteigerten Gemeingebrauch darstellt, eine Sondernutzungskonzession verleihen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz in maiore minus: Wenn die Behörde zuständig ist, die betreffende Sache dem Gemeingebrauch vollkommen zu entziehen (Entwidmung), so kann sie diesen auch auf einen bestimmten Privaten beschränken. Nicht zulässig ist aber, dass diese Behörde einen gesteigerten Gemeingebrauch als Sondernutzung bezeichnet und gestützt darauf einen Anspruch des Petenten verneint, vgl. oben (1.2.).
- Ein Rechtssatz kann einen genau umschriebenen Anspruch des Einzelnen auf einen bestimmten Gebrauch gewähren(45). Diesfalls wäre die nötige Bewilligung u.U. eine blosse Polizeibewilligung.

Im übrigen ist daran zu erinnern, dass die Frage, was

"bestimmungsgemässer Gebrauch" und "Zweck" einer öffentlichen Sache ist, durch das Recht des jeweiligen Hoheitsträgers beantwortet wird. In den meisten Fällen ist dies kantonales oder kommunales Recht.

Die Bewilligungspflicht ist nur ein Aspekt der Regelungsbefugnis, die sich für das Gemeinwesen aus dem Vorliegen von gesteigertem Gemeingebrauch ergibt, s. unten (4.). Es können auch generelle Normen anderen Inhalts erlassen oder die Bewilligung mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden.

3.2. Rechtsnatur und Wesen des gesteigerten Gemeingebrauchs als Ausgangspunkt

Die Situation, wie sie vor den BGE der letzten zehn Jahre bestand, zeigt die ausführliche und m.E. ausgezeichnete Behandlung dieses Themas bei Bosshart, 93 ff. Davon soll im folgenden ausgegangen werden. Es wurden damals zwei Ansichten über die Natur des gesteigerten Gemeingebrauchs unterschieden(46). Nach der Ansicht

- a) hält sich der gesteigerte Gemeingebrauch im Rahmen der Zweckbestimmung der Sache, nach der Ansicht
- b) geht er darüber hinaus.

Der Nichtübereinstimmung mit dem Zweck der öffentlichen Sache wurde damals (entgegen der hier vertretenen Auffassung) entscheidende Bedeutung beigemessen. Sie machte den Gebrauch zur "positiven staatlichen Leistung"(47), der Benutzer erhielt "eine Rechtsstellung, die dem Gemeingebrauchsberechtigten übergeordnet ist"(48). Daraus wurde gefolgert, dass man nach der Ansicht

- a) eine Polizeibewilligung benötigte (Feststellung, dass der Ausübung des Reflexrechts auf zweckgemässe Benützung keine polizeilichen oder gesetzlich festgelegten Hindernisse entgegenstehen)(49), nach der Ansicht
- b) hingegen eine "Bewilligung sui generis"(50), "individuell-konkrete Widmung"(51) oder "Gebrauchserlaubnis"(51,52).

Nach der hier vertretenen Ansicht

- c) kommt der Zweckentsprechung keine primäre Bedeutung mehr zu (vgl. oben 1.1.3.). Es können auch Tätigkeiten ausserhalb des Zwecks noch unter einfachen Gemeingebrauch fallen.

Was hatten nun die neueren BGE, aus denen sich diese Erkenntnisse ergaben, für eine Auswirkung auf die Rechtsnatur der Bewilligung? Das Bg selbst äussert sich nicht direkt dazu. Es betont aber immer wieder, dass nicht nur polizeilich motivierte Einschränkungen zulässig seien, sondern auch andere öffentliche Interessen Beachtung zu finden hätten(52). Dies zeigt, dass das Bg die erforderliche Bewilligung nicht als reine Polizeierlaubnis ansieht, denn auf eine solche hat der Petent einen Anspruch, wenn keine Polizeigüter gefährdet, bzw. die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind(53). In der Literatur wurde in neuester Zeit nicht allzuviel über dieses Thema geäussert. Knapp(54) scheint der bundesgerichtlichen Ansicht zu folgen; Fleiner-Gerster(55) spricht von "Ausnahmebewilligung". Nicht ganz einleuchtend sind mir die Ueberlegungen von Zürcher, 8 f. Darin, dass das Bg "das Kriterium der Zweckbestimmung wenigstens teilweise preis" gibt, sieht er den Wegfall des qualitativen Unterschieds in der Rechtsstellung des zu gesteigertem Gemeingebrauch Berechtigten. "Der Berechtigte für den gesteig-

gerten Gemeingebrauch genießt gegenüber dem Gemeingebrauchsberechtigten keine bessere Rechtsstellung". Daraus scheint er zu folgern, dass (entsprechend der oben beschriebenen Ansicht a) die Bewilligung nur mehr eine Polizeierlaubnis sei. Diese Ueberlegung scheint mir zunächst in sich unlogisch zu sein. Es wird aus dem Wegfall eines bestimmten Abgrenzungskriteriums in der Definition des gesteigerten Gemeingebrauchs auf die Rechtsstellung des Bewilligungsempfängers geschlossen, die aber erst eine Folge der Qualifikation eines Gebrauchs als gesteigerter ist, M.a.W.: Dass sich die Definition des gesteigerten Gemeingebrauchs geändert hat, indem nicht mehr die Zweckentsprechung sondern nur noch die Gemeinverträglichkeit massgebend ist, sagt nichts aus über die Folgen, die das Vorliegen gesteigerten Gemeingebrauchs mit sich bringt, mithin über die Rechtsstellung des Benützers. Die Frage, ob sich die Rechtsstellung des Petenten bei der Bewilligungserteilung erweitert, ist vielmehr danach zu entscheiden, ob nur festgestellt wird, dass der Ausübung eines ihm zustehenden Rechts keine polizeilichen oder gesetzlichen Hindernisse entgegenstehen oder ob ihm eine neue Befugnis erteilt wird, auf die er vorher keinen Anspruch hatte.

Bosshart(S. 56) sieht schon darin, dass gar kein subjektives Recht auf Gemeingebrauch bestehe, den entscheidenden Unterschied zu einer Polizeierlaubnis. Es ist fraglich, ob dies im Lichte der neuesten Rechtsprechung noch gilt. Trotzdem hebt sich m.E. die Gebrauchserlaubnis nach wie vor von einer Polizeibewilligung ab und zwar ganz einfach deshalb, weil in der Interessenabwägung auch andere als polizeiliche Motive Beachtung finden dürfen(57), ohne dass diese als Bewilligungsvoraussetzungen ausdrücklich gesetzlich normiert sein müssen. Dies verträgt sich, ob man nun annimmt, die Bewilligung verschaffe eine neue Rechtsstellung oder nicht(58),

schlichtweg nicht mit dem Charakter einer reinen Polizeibewilligung(59).

Es rechtfertigt sich deshalb weiterhin, von einer "Bewilligung sui generis" zu sprechen, deren Voraussetzungen und Wirkungen im einzelnen zu betrachten sind.

3.3. Die Rechtsstellung des Antragstellers

Die Rechtsstellung des Antragstellers wird dadurch bestimmt, ob und unter welchen Voraussetzungen er einen durchsetzbaren Anspruch auf Erteilung der Bewilligung hat. Würde eine reine Polizeierlaubnis vorliegen, hätte der Petent immer dann ein Anrecht auf die Bewilligung, wenn keine Polizeigüter gefährdet würden, bzw. die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt wären(60). Dies ist aber offensichtlich nicht der Fall. Das Bundesgericht betont immer wieder, dass neben rein polizeilichen Motiven auch andere öffentliche Interessen zu berücksichtigen seien. Dabei steht der Behörde ein "gewisses Ermessen"(61), ein "weiter Ermessensspielraum"(62), "freies Ermessen"(63) oder ein "beträchtlicher Beurteilungsspielraum"(64) zu.

Ein Anspruch auf Bewilligungserteilung kann sich aber auch dann, wenn die gesetzlichen Benutzungsvorschriften deren Voraussetzungen nicht abschliessend regeln, aus der Tatsache ergeben, dass die Verweigerung einen unzulässigen Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte darstellen würde. Mit anderen Worten: Wenn durch die Nichtbewilligung in die verfassungsmässigen Rechte des Petenten eingegriffen würde und die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff nicht gegeben sind, dann muss der Gebrauch bewilligt werden. Dasselbe hat zu gelten für geringere Eingriffe wie Bedingungen, Auflagen oder Reglemente. Sie dürfen nur dann in die Grundrechte eingrei-

fen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Die Tatsache, dass ohne gesetzliche Grundlage eine Bewilligungspflicht statuiert werden darf, auf diese Bewilligung dann aber aus den Grundrechten ein Anspruch erwachsen kann, stellt m.E. keine "Inkongruenz"(65) dar. Sie ergibt sich vielmehr einerseits aus der Verzichtbarkeit des strengen Legalitätsprinzips (vgl. unten, 4.) verbunden mit der Notwendigkeit zu präventiver Kontrolle nicht gemeinverträglicher Aktivitäten und andererseits aus der Anwendbarkeit der Grundrechte in diesem Bereich.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass dem Antragsteller aus den verfassungsmässigen Rechten ein Anspruch auf Bewilligungserteilung erwachsen kann. Das Nähere ist für die verschiedenen Grundrechte differenziert zu behandeln (s. unten, 5.).

3.4. Die Rechtsstellung des Bewilligungsinhabers

Die Terminologie von Lehre und Rechtsprechung im Bereich der Berechtigungen aus öffentlichem Recht ist uneinheitlich und unscharf(66). Es kann deshalb nicht ein bestimmter Begriff verwendet werden, um die Art des verliehenen Rechts zu beschreiben. Vielmehr ist dieses detailliert zu untersuchen, wobei die Frage massgebend ist, ob und unter welchen Voraussetzungen dem Bewilligungsinhaber die Erlaubnis wieder entzogen werden kann, bzw. wann er einen Anspruch auf ihre Beibehaltung hat. Es geht also um das Ausmass der "materiellen Rechtskraft"(67) der Bewilligung.

Zum Widerruf von Verfügungen findet sich in Rechtsprechung und Literatur eine fast unüberschaubare Vielzahl von schwer oder gar nicht systematisierbaren Aussagen. Sie können hier auf den Teilaspekt des Widerrufs von Be-

willigungen zu gesteigertem Gemeingebrauch beschränkt werden, also auf (mit Ausnahme der Nebenbestimmungen) begünstigende Verfügungen, die aufgrund eines Ermessens der Behörde oder einer abschliessenden gesetzlichen Regelung erteilt werden.

Ich versuche, die Aussagen von Lehre und Praxis wie folgt zu ordnen: Grundsätzlich hat der Entscheid über Widerruf und Nichtwiderruf aufgrund einer Interessenabwägung zwischen dem Rechtssicherheitsinteresse(68) des Bewilligungsinhabers und den entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu erfolgen(69). Es gibt deshalb Faktoren, die innerhalb dieser Interessenabwägung für (b) oder gegen (c) den Widerruf sprechen sowie solche, die unabhängig von der Interessenabwägung die Bewilligung frei widerrufbar (a) oder unwiderrufbar machen (d). Ein Sonderfall liegt vor, wenn die Bewilligung ausnahmsweise ein wohlerworbenes Recht begründet. Dann steht sie unter dem Schutz der Eigentumsgarantie und darf nur gegen Entschädigung entzogen werden (e).

Falls ein Widerruf nach den für die einzelnen Fälle (a-e) zu beschreibenden Kriterien zulässig ist, bedarf er keiner gesetzlichen Grundlage(70).

a) Als Umstände, die eine begünstigende Verwaltungsverfügung frei widerrufbar machen, werden genannt:

- Die Verfügung ist nichtig(71).

- Der neue Entscheid steht ausserhalb der Rechtskraft der Bewilligung(72).

Diese beiden Fälle stellen strenggenommen keinen Widerruf dar. Im ersten hat gar nie eine rechtsgültige Bewilligung bestanden, im zweiten wird sie aufrechterhalten.

- Das Gesetz sieht die freie Widerrufbarkeit(73) oder den Widerruf bei Vorliegen bestimmter Gründe vor(74).
 - Der Bewilligungsinhaber hat sich die Bewilligung durch irreführende Angaben(75) oder gar arglistig erschlichen(76).
 - Fehlerhafte belastende Nebenbestimmungen können frei widerrufen werden (77).
 - Der Widerruf wurde in der Verfügung zulässigerweise (78) und unmissverständlich(79) vorbehalten(80).
 - Unrichtig scheint Knapp Nr. 636, wonach eine fehlerhafte Verfügung jederzeit widerrufen werden kann, wenn dafür eine Entschädigung entrichtet wird. Jedenfalls geht dies nicht aus dem angeführten BGE 100 Ib 303 hervor.
- b) Eine rechtswidrige begünstigende Verfügung kann widerrufen werden, wenn die im folgenden beschriebene Interessenabwägung dies zulässt(81). In dieser Abwägung sind zugunsten eines Widerrufs die folgenden Faktoren zu berücksichtigen:
- Es handelt sich um eine Dauerverfügung. Diese können leichter an gewandelte Verhältnisse angepasst werden, da nach Erlass eintretende oder entdeckte Veränderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Lage nicht nur in den engen Schranken berücksichtigt werden dürfen, die bei urteilsähnlichen Verfügungen gelten(82). Vgl. dazu unten d).
 - Es spricht ein "qualifiziertes" oder "besonders

grosses" öffentliches Interesse für den Widerruf(83). Dann kann er zulässig sein, obwohl starke Gründe, z.B. Qualität des erstinstanzlichen Verfahrens, erfolgter Gebrauch oder subjektives Recht (s.unten) dagegen sprechen(84).

- Verletzung von Pflichten(85) oder Auflagen(86) durch den Bewilligungsinhaber.
- Falsche Angaben im Bewilligungsgesuch oder -verfahren, die für die Erteilung der Bewilligung nicht kausal waren, führen nur im Rahmen der Interessenabwägung zur Widerrufbarkeit(87).
- Kein Grund besteht m.E. bei Kanzleifehlern, eine erleichterte Widerrufbarkeit anzunehmen(88). Aus dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes muss hier grundsätzlich dieselbe Interessenabwägung stattfinden.

c) Gegen einen Widerruf sprechen die folgenden Faktoren:

- Die Qualität des erstinstanzlichen Verfahrens. Wenn "la décision est intervenue au terme d'une procédure au cours de laquelle les divers intérêts en présence ont fait l'objet d'un examen approfondi"(89) dann fällt dies zugunsten der Rechtssicherheit in Betracht(90).
- Dasselbe soll gelten, wenn die Verfügung "a créé un droit subjectif au profit de l'administré"(91). Laut Knapp Nr. 634a liegt ein solches vor bei Verfügungen, die dem einzelnen einen Vorteil verschaffen, den er vorher nicht genoss, nicht also bei Polizeibewilligungen. Das Kriterium scheint mir wenig praktikabel, weil die Momente, die zur Annahme ei-

nes "subjektiven Rechts" führen, wohl letztlich dieselben sind, die auch in der Interessenabwägung betreffend Widerruf grundlegend sind(92). Ausserdem lässt sich m.E. von den Bewilligungen zu gesteigertem Gemeingebrauch nicht mit letzter Konsequenz sagen, ob sie einen neuen Vorteil verschaffen oder nicht.

Die Frage, ob ein "Subjektives Recht" verliehen worden sei, ist also nicht schlüssig zu beantworten, bzw. hängt von der unscharfen Definition dieses Begriffs ab und trägt letztlich nichts zur Lösung des Problems der Widerruflichkeit bei. Es ist deshalb im Bereiche des gesteigerten Gemeingebrauchs nicht anwendbar.

- Das Vertrauensschutzinteresse an der Beibehaltung der Verfügung ist stark, wenn von ihr schon Gebrauch gemacht wurde, namentlich, wenn der Bewilligungsinhaber Ausgaben und Aufwendungen, insbesondere nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen, getätigt hat(93). Dies gilt nur in abgeschwächter Form bei Dauerverfügungen(94), wenn der Bewilligungsinhaber als Gegenleistung zu seinen Aufwendungen den Gebrauch schon eine gewisse Zeit ausüben konnte.

Dies sind die drei von der Bundesgerichtspraxis regelmässig genannten Fälle überwiegenden Interessen am Bestehenbleiben der Bewilligung. Ganz allgemein sind jedoch zu berücksichtigen:

- Das Rechtssicherheitsinteresse des Bewilligungsinhabers(95).
- Der Vertrauensschutz(96), bzw. das Prinzip von Treu

und Glauben im Verwaltungsrecht.

- Selbstverständlich gilt auch hier das Verbot von rechtsungleicher Behandlung und Willkür(97).

d) In einigen Fällen wird eine rechtswidrige Verfügung zum Vornherein und ohne Interessenabwägung als unwiderruflich angesehen:

- Es liegt eine urteilsähnliche Verfügung vor und die Widerrechtlichkeit beruht auf einer nachträglichen Aenderung von:(98)

- . Beweismwürdigung

- . Rechtsprechung

- . Auslegung

- . Rechtsauffassung

- . rechtlicher Würdigung des Sachverhalts

- . Nachträglich erkanntem Ungenügen der gesetzlichen Grundlage

- . Rechtsunkenntnis oder Irrtum der Behörde

Es scheint mir etwas gewagt, hier geradezu von "Vorbedingungen der Neuprüfung"(99) zu sprechen. Immerhin könnten gerade im letzten Fall gewichtige öffentliche Interessen für den Widerruf sprechen.

- Tatsachen, die der Behörde bei Bewilligungserteilung bekannt waren, können (entgegenstehende gesetzliche Regelung vorbehalten) nicht zum Widerruf füh-

ren(100).

- Das Gesetz legt die Widerrufsgründe abschliessend fest(101)
- Es liegt ein letztinstanzliches, formell rechtskräftiges Urteil eines Verwaltungsgerichts vor(102)

Es ist daran zu erinnern, dass diese Feststellungen nur Bedeutung erlangen können, wenn wirklich die gleiche Frage zur Diskussion steht. Zivilprozessrechtlich gesprochen: Wenn die Identität des Streitgegenstandes zufolge starker Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nicht mehr gewahrt ist, dann stellt eine neue Verfügung gar keinen Widerruf dar (vgl. oben a).

e) Ausnahmsweise kann wohl auch auf gesteigerten Gemeingebrauch ein wohlerworbenes Recht bestehen. Dies scheint denkbar, wenn bei gesteigertem Gemeingebrauch zusätzlich Umstände gegeben sind, die allgemein zur Annahme eines wohlerworbenen Rechts führen:(103)

- Wenn ein Gebrauch von der Intensität her gesehen nur gesteigerter Gemeingebrauch ist, die Behörde aber dennoch eine Sondernutzungskonzession verliehen hat, vgl. dazu oben 3.1. und 1.2.

- Das Recht ergibt sich aus einem öffentlich-rechtlichen (synallagmatischen(104), wie man wohl ergänzen muss) Vertrag.

- Denkbar ist auch ein sog. "Vorbestandenes Recht" auf einen bestimmten Gebrauch.

- Zusicherung durch Gesetzgeber oder Verwaltungsbehörde(105).

Die Verleihung eines wohlerworbenen Rechts ist m.E. nicht unwiderruflich(106). Es steht aber unter dem Schutz der Eigentumsgarantie, was bei Beschränkung oder Widerruf zu einer Entschädigungspflicht wegen materieller Enteignung führen kann.

Kann auch eine Entschädigungspflicht bestehen, wenn die widerrufenen Bewilligung nicht durch die Eigentumsgarantie geschützt war?

Hier sollte m.E. die Möglichkeit bestehen, zumindest den Vertrauensschaden zu ersetzen, weil dann der Verlust, den ein Bewilligungsinhaber erleiden würde, nicht mehr in die Interessenabwägung einbezogen werden müsste und das öffentliche Interesse leichter zum Durchbruch käme(107).

Ausserdem könnte so die der jetzigen Rechtsprechung zum Entzug von durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechten innewohnende "Alles oder nichts"-Problematik gemildert werden(108).

In der Praxis führt diese Lösung noch ein "Schattendasein"(109). Immerhin scheinen erste Ansätze dazu vorhanden zu sein(110). Dies vor allem in der Rechtsprechung zum Ersatz nutzlos gewordener Planungskosten. Dazu hat das Bg in 108 Ib 357 ausgeführt:

"Sind diese Voraussetzungen erfüllt, muss Entschädigung auch dann ausgerichtet werden, wenn keine Enteignung, weder eine formelle, noch eine materielle, vorliegt. Im Falle einer Enteignung könnte die Vergütung der entsprechenden Kosten zu den nach Enteignungsrecht zu ersetzenden Inkonvenienzen zählen (BGE 102 Ia 252/253 E. 7 mit Verweisungen). Aus dieser Begründung ergibt sich, dass das Bundesgericht den unter bestimmten Voraussetzungen bejahten Anspruch auf Ersatz von Projektierungskosten in Fällen, in denen keine Enteignung vorliegt, aus Art. 4 BV als Konsequenz des Prinzips des Vertrauensschutzes herleitet. Der Verfassungsgrundsatz von Art. 22ter Abs. 3 BV gebietet volle Entschädigung nur bei Enteignung und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen; er enthält somit kein verfassungsrechtliches Gebot zu Entschädigung in

Fällen, in denen keine formelle oder materielle Enteignung vorliegt".

Diese Rechtsprechung sollte ebenfalls Anwendung finden auf den Entzug von Bewilligungen, die nicht als "wohlerworbene Rechte" (dazu unten 5.1.2.4.) den Schutz der Eigentumsgarantie geniessen. Damit sie sich als Erleichterung der Durchsetzung öffentlicher Interessen unter gleichzeitiger Wahrung des Vertrauensschutzes auswirken könnte, müsste bereits die entziehende Behörde über die Entschädigung befinden können. Dafür müsste sie sich auf eine gesetzliche Grundlage oder (wie dies bei der materiellen Enteignung auch funktioniert) auf eine gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen können(111).

Der Ball liegt deshalb in dieser Angelegenheit m.E. bei den kantonalen Gesetzgebern und beim Bundesgericht.

Die Normierung klarer Richtlinien drängt sich auch deshalb auf, weil das Bg andererseits dem Gemeinwesen "einen Schutz gegen die Festsetzung übermässiger Entschädigungsbeiträge" gewähren will(112).

Die diesbezügliche Abgrenzung vorzunehmen, kann nicht Aufgabe der (als Gemeindebehörden sowieso in einem Interessenkonflikt stehenden) unteren Verwaltungsinstanzen sein, sondern nur des Gesetzgebers oder des Bg.

4. DIE REGELUNGSBEFUGNIS DER VERWALTUNGSBEHÖRDE

4.1. Das Problem von Normstufe und Normdichte(113) im allgemeinen

Im folgenden soll untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form die Verwaltungsbehörde regelnd oder verbietend in den gesteigerten Gemeindegebrauch eingreifen darf. Dabei stösst man auf eine der m.E. aktuellsten und schwierigsten Fragen im heutigen Verwaltungsrecht: Auf welcher Stufe im dreiteiligen Regelungsgebäude (Gesetz im formellen Sinn/Verordnung/Verfügung) muss welcher Grad an Konkretisierung erreicht werden(114)? Nach der bis anhin üblichen Terminologie handelt es sich auf der Stufe Gesetz/Verordnung um das Problem der Delegation und auf der Stufe Verordnung/Verfügung (oder auch Gesetz/Verfügung) um dasjenige des Ermessens(115).

Die Frage der Normkonkretisierung hier allgemeingültig klären zu wollen, würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen und wird wohl noch die Absicht bedeutender Schriften sein. Vorliegend soll es genügen, das Problem mit Beschränkung auf den Fall des gesteigerten Gemeindegebrauchs zu betrachten.

4.2. Das Problem von Normstufe und Normdichte beim gesteigerten Gemeindegebrauch

4.2.1. Die Konkretisierung auf Stufe Gesetz - Verordnung oder die Frage der Delegation

Das Bg entscheidet in konstanter Praxis, dass der gesteigerte Gemeindegebrauch auch ohne besondere gesetzliche Grundlage einer Bewilligungspflicht unterworfen und - so muss man wohl schliessen - auch geregelt und allenfalls

verboten werden darf(116). Die Terminologie des Bg scheint mir diesbezüglich etwas unscharf, doch lassen die meisten derartigen Textstellen auf die Ansicht des Bg schliessen, die Verwaltungsbehörde dürfe ohne Vorhandensein einer formell-gesetzlichen Delegationsnorm generell abstrakte Regelungen (Verordnungen, "Reglemente") betreffend den gesteigerten Gemeingebrauch erlassen. Dem wird von der Lehre grösstenteils zugestimmt(117), vereinzelt aber auch widersprochen. Namentlich Saladin übt heftige Kritik an der erwähnten Rechtsprechung:

"Der Entscheid Wäffler (und grundsätzlich auch seine Nachfolge-Entscheide) verlangt eine substantiierte formell-gesetzliche Grundlage für alle (oder jedenfalls für alle schweren) Grundrechtseinschränkungen. Diese neue Erkenntnis ist aber noch nicht ... in das Recht der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch vorgedrungen....Und im zweiten Bereich hat es bisher an der Praxis festgehalten, wonach Versammlungen u.ä. auf öffentlichen Strassen und Plätzen auch ohne gesetzliche Grundlage einer Bewilligungspflicht unterstellt werden dürfen. Das reimt sich mit jener Erkenntnis schlicht und einfach nicht. Gewiss hätte ihre strikte Durchziehung im Bereich öffentlicher Strassen und Plätze oder im besondern Rechtsverhältnis beträchtliche Konsequenzen für den Gesetzgeber: Die kantonalen Strassengesetze z.B. (oder auch die eidgenössische Militärgesetzgebung!) müssten verschiedenorts ergänzt werden. Aber ein Verzicht auf solche Konsequenz kann nur in einer problematischen Referenz vor gesetzgebungspolitischen Nöten oder in einer - vom Bundesgericht selbst nun eben grundsätzlich preisgegebenen - "domaine-reservé-Konzeption" begründet sein, in einem Restglauben an rechtsfreie oder wenigstens verfassungsfreie Räume der Verwaltungstätigkeit"(118).

Dem ist in verschiedener Hinsicht zu widersprechen:

- a) Erstens ergibt sich aus dem Entscheid Wäffler nicht derart kategorisch, dass alle Grundrechtseinschränkungen einer substantiierten formellgesetzlichen Grundlage bedürfen. Vielmehr heisst es dort(119):

"Wird grundsätzlich anerkannt, dass der Gesetzesvorbehalt auszu-dehnen sei, so sind damit die Probleme, die sich in verfassungsrechtlicher Hinsicht für die Delegation stellen, noch längst nicht gelöst. Sie gipfeln in der Frage, wieweit der Gesetzgeber die Regelung der Materie in der Delegationsnorm noch selbst vorzubestimmen hat, das heisst wie konkret und detailliert von Ver-

fassungs wegen der Inhalt der Delegationsnorm umschrieben sein muss: eine Norm, die sich in einer einfachen, ja stillschweigenden Ermächtigung erschöpfen oder ausführliche Bestimmungen bis zur eingehendsten Regelung der delegierten Befugnis erhalten kann. Eine allgemein gültige Beantwortung dieser Frage ist nicht möglich. Sie hängt nicht nur von der Natur der Materie ab, die Gegenstand der Delegation bildet, und ihrer Eignung, sie im voraus in generell-abstrakte Rechtsnormen zu fassen, sondern auch davon, welches Gewicht den Erfordernissen, die sich aus den verfassungsmässigen Grundsätzen der demokratischen Staatsform und der Rechtsstaatlichkeit ergeben, im betreffenden Gebiet beizumessen ist, Aber auch praktische Bedürfnisse, wie das einwandfreie Funktionieren der staatlichen Institutionen, die Förderung des Fortschritts und die Möglichkeit, bei Bedarf geeignete Verwaltungsmassnahmen sofort zu treffen und sie bei veränderter Situation anzupassen, sind zu berücksichtigen."

Oder wie Zimmerli(120) zusammenfassend formuliert:

"Vielmehr ist die Frage nach der Tragweite des Gesetzmässigkeitsprinzips ausserhalb der klassischen grundrechtsgeschützten Eingriffsverwaltung, d.h. im Leistungs- und Organisationsbereich generell nach Massgabe der Regelungsbedürftigkeit und der Regelungseignung zu beantworten."(121)

Beide Zitate beziehen sich auf den "ausgedehnten" Bereich des Legalitätsprinzips. Auch wenn die Gewährung einer Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch nicht generell als staatliche Leistung angesehen wird, ist sie doch im Grenzbereich von Leistungs- und Eingriffsverwaltung anzusiedeln und eine flexible Handhabung des Legalitätsprinzips lässt sich unter diesem Gesichtspunkt durchaus mit dem Entscheid Wäffler vereinbaren. Es handelt sich demnach beim gesteigerten Gemeingebrauch um ein Gebiet, wo das Bundesgericht der Meinung ist, unter den Gesichtspunkten von Regelungseignung und Regelungsbedürftigkeit sei hier auf das Erfordernis einer substantiierten formell-gesetzlichen Grundlage zu verzichten. D.h. eine durch Verfügung angeordnete Massnahme muss nicht ausdrücklich im Gesetz i.f.S. als solche genannt sein,

aber sie muss mindestens durch eine Behörde ausgesprochen werden, die Kraft eines gesetzlich erteilten Aufsichtsrechts über die entsprechende öffentliche Sache dazu zuständig ist. Diese allgemeine Ermächtigungsnorm zur Aufsicht genügt dann als "nicht-substantiierte" gesetzliche Grundlage zur Anordnung der Massnahme.

Im Hinblick auf diese sachliche Rechtfertigung des Verzichts ist er m.E. zu beschränken auf Einschränkungen, die aus Gründen erfolgen, welche mit der mangelnden Gemeinverträglichkeit in engem Zusammenhang stehen(122).

- b) Zweitens ist dies auch zu verantworten in Hinsicht auf den Grundrechtsschutz. Da sich der Petent auf die Grundrechte berufen kann und die Behörde das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten hat (s. unten), liegt m.E. eine genügende gerichtliche Kontrollmöglichkeit vor, die übermässig substantiierte Gesetze unnötig macht(123).
- c) Drittens beruht nun der Verzicht auf die substantiierte formell-gesetzliche Grundlage nicht auf dem Rest einer "domaine-reservé-Konzeption", sondern ergibt sich aus einer flexiblen Anwendung des Legalitätsprinzips im Sinne des Falles Wäffler unter Berücksichtigung von Regelungsbedürftigkeit und Regelungseignung.
- d) Viertens hat sich diese Lösung zwangslos ohne "problematische Referenz vor gesetzgebungspolitischen Nöten" ergeben. Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist sie aber besonders zu begrüßen, wird doch heute oft und zu Recht die überhandnehmende Gesetzesflut und die Ueberlastung des Gesetzgebers mit Detailfragen

beklagt.

Eine leichte Abschwächung durch den Verzicht auf eine substantiierte formell-gesetzliche Grundlage mag das demokratische Prinzip erfahren(124). Dies scheint mir aber nicht gravierend, da nur die Notwendigkeit gesetzlicher Regelung verneint wird, keineswegs aber ihre Zulässigkeit. Der Gesetzgeber kann jederzeit eine behördliche Verordnung ändern oder abschaffen und z.B. einen Gebrauch als bewilligungsfrei erklären oder die Bewilligungskriterien festlegen.

Nach der Ansicht von Hangartner(125) trifft den Gesetzgeber generell eine Regelungspflicht, die Verwaltung muss aber bei Fehlen eines Gesetzes trotzdem handeln. Aus der Sicht der Verwaltungsbehörde, die eine Gebrauchsart regeln will, ohne dass eine formell-gesetzliche Grundlage besteht, bedeutet dies im Ergebnis wohl dasselbe wie die Verzichtbarkeit einer substantiierten gesetzlichen Grundlage i.f.S.. Ob eine solche "Regelungspflicht" des Gesetzgebers besteht, ist daher für die Verwaltung nicht von Bedeutung.

Immerhin ist dem Entscheid Wäffler wohl zu entnehmen, dass eine (wenn auch nicht substantiierte) gesetzliche Grundlage vorhanden sein muss. Dafür genügt m.E. eine Zuständigkeitsnorm des Organisationsrechts.

Somit kann zusammenfassend gesagt werden: Die gemäss einem Gesetz im formellen Sinn zur Aufsicht über die betroffene öffentliche Sache zuständige Behörde kann ohne weitergehende gesetzliche Grundlage den gesteigerten Gemeingebrauch in einem Erlass regeln. Dies gilt auch für leichte Eingriffe in die Grundrechte. Bei schweren Eingriffen ist hingegen eine substantiierte Regelung auf Gesetzesstufe nötig(126).

4.2.2. Die Konkretisierung auf Stufe Erlass-Verfügung oder die Frage des Ermessens

Gemäss dem Grundsatz rechtssatzmässiger Verwaltung muss eine "Einzelverfügung" durch einen Rechtssatz, ein Gesetz im materiellen Sinn gestützt sein, der sich seinerseits als verfassungsmässig erweist(127). Dies entspricht den Postulaten der Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns.

Im Lichte der soeben (4.2.1.) angestellten Ueberlegungen und des Entscheides Wäffler (128) bedeutet dies für den Bereich des gesteigerten Gemeindegebrauchs, dass die Verfügung sich abstützen muss auf eine Verordnung oder ein Reglement, welche Regelung ihrerseits auf einer (nicht substantiierten) Delegation in einem Gesetz im formellen Sinn beruht.

Damit stellt sich aber eine Stufe tiefer nochmals dieselbe Frage: In welchem Mass muss die materiell-gesetzliche Regelung substantiiert sein, oder: wieviel Ermessensspielraum darf die Behörde für die Einzelfallentscheidung haben? Im Entscheid Graben, betreffend das Gemeinde-reglement über die Benutzung des öffentlichen Grundes für Veranstaltungen, äussert sich das Bg wie folgt:

"Es besteht keine Vorschrift des Bundesrechts, welche den Erlass entsprechender Verordnungen oder Reglemente geböte, und es wird auch nicht dargetan, dass die bernischen Gemeinden aufgrund kantonalen Rechtes hierzu verpflichtet wären. Wird kein Reglement erlassen, so haben die Gemeinden im Einzelfalle in Anwendung jeder allgemeinen Grundsätze des eidgenössischen Verfassungsrechtes und des kantonalen Rechtes, jedoch ohne weitere Bindung, über Gesuche um Bewilligung zur Benützung öffentlicher Grundes zu Sonderzwecken, namentlich zu politischen Demonstrationen, zu entscheiden. Kann aber der Erlass eines Reglementes für dieses Sachgebiet überhaupt nicht verlangt werden, so geht es auch nicht an, an die Genauigkeit eines solchen besonders hohe Anforderungen zu stellen. So lange ein Reglement nicht gegen übergeordnetes Recht verstösst, kann es deswegen,

weil es der Gemeindebehörde für den Einzelfall einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum belässt, nicht als verfassungswidrig erklärt werden."(129)

Dies mag noch vertretbar sein, solange keine verfassungsmässigen Rechte tangiert werden. Anderfalls ist m.E. zu unterscheiden(130): Für Einschränkungen, die ausschliesslich im Interesse einer geordneten Abwicklung des Gebrauchs erfolgen, genügt eine Generalklausel wie z.B. Art. 20 Abs. 2 der allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich vom 30. März 1977:

"Die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benützung des öffentlichen Grundes und des darüber liegenden Luftraumes bedarf einer vorherigen Bewilligung des Polizeiamtes. Ueber diese Benützung können besondere Vorschriften erlassen werden."

In diesem Sinne ist auch der Aeusserung in BGE 105 Ia 95 zuzustimmen:

"Wie bereits angetönt, steht den zuständigen Behörden bei der Konkretisierung der Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen und beim Entscheid über deren Benützung ein gewisser Ermessensspielraum zu. Sie können insbesondere über die spezifische zusätzliche Verwendung einzelner Plätze (Markt, Konzerte, Erholungsraum usw.) bestimmen.

Bei Einschränkungen, die anderen öffentlichen Interessen dienen, ist zu differenzieren, welche Normkonkretisierung nötig und machbar ist. Eine solche Präzisierung enthält z.B. das obiter dictum in Erwägung 6c des Genfer Dirnenentscheides:

"Es ist noch beizufügen, dass die streitige Bestimmung zuwenig genau ist. Abgesehen davon, dass der Ausdruck 'sich der Prostitution hinzugeben' hier nicht am Platze ist, lässt ein Verbot des Kundenfangs auf der öffentlichen Strasse 'tagsüber' (pendant la journée) den Polizeibehörden, die der Bestimmung Nachachtung zu verschaffen haben, einen zu grossen Ermessensspielraum. Es ist wichtig, dass diese sich auf einen klaren Text stützen können, der zu keinen Diskussionen Anlass gibt."(131)

Für den Gesetz- oder Ordnungsgeber (oder eine Behörde, die ein "Reglement" o.ä. erlässt) dürfte die Handha-

bung der vorgenannten Richtlinien keine allzugrossen Probleme bieten. Sie haben genügend Zeit, um vor dem Erlass der Normen gründlich abzuklären, in welchem Bereich Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit eine substantiierte Regelung nötig machen und wo demgegenüber mit Rücksicht auf die Einzelfallgerechtigkeit ein grösserer Ermessensspielraum belassen werden muss.

Hohe Anforderungen stellt die Anwendung der genannten Kriterien aber an die im Einzelfall verfügende Behörde. Diese muss nämlich immer dann, wenn ihr für eine bestimmte Massnahme keine konkrete Norm zur Verfügung steht, abwägen, ob es im Lichte dieser Kriterien einer solchen bedurft hätte. Kommt sie zum Schluss, dies sei der Fall, dann darf sie die vorgesehene Massnahme nicht durchführen bzw. sich nicht auf die Begründung stützen, die Massnahme sei deshalb ohne substantiierte gesetzliche Grundlage zulässig, weil sie der Regelung gesteigerten Gemeingebrauchs diene.

Dieser Entscheid der verfügenden Behörde und seine Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte stellen keine (für die Verwaltungsbehörde allenfalls unzulässige) konkrete Normenkontrolle dar, sondern einen Entscheid darüber, was die Verwaltungsbehörde auf Grund einer gegebenen und nach wie vor gültigen Norm unternehmen darf.

Sollte die Behörde zu unrecht annehmen, sie sei zu einer Einschränkung nicht befugt, so stünde dem Normalbenützer zwar kein formelles Rechtsmittel, wohl aber der Weg der Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung.

4.2.3. Zusammenfassung

Intensität des regelnden Eingriffs	Nicht substantiierte Regelung mindestens auf Stufe	Substantiierte Regelung mindestens auf Stufe:
1. Eingriff in den Kerngehalt der Grundrechte	nicht zulässig(132)	
2. Schwerer Grundrechtseingriff		Gesetz(133)
3. Leichter Grundrechtseingriff	Gesetz(134)	Verordnung
4. Regelung ohne Grundrechtseingriff	Gesetz(134)	Verfügung(135)

Diese Tabelle gilt für Einschränkungen des gesteigerten Gemeingebrauchs, die mit dem Interesse an reibungslosem Benützungsablauf, Sicherung der zweckgemässen Benützung u.ä. begründet werden(136). Für andere Konstellationen ergeben die Kriterien des Falles Wäffler (Regelungseignung, Regelungsbedürftigkeit) andere Resultate. Auch innerhalb der Aufstellung gibt es aber Spielraum für diese Kriterien, namentlich bei der Abrenzung substantiiert-nicht substantiiert, d.h. beim erforderlichen Mass an Konkretheit auf der bezeichneten Stufe. Hier hat die Gerichtspraxis im Einzelfall die angemessene Relation von Eingriffsschwere und Regelungsstufe/-dichte zu bestimmen.

5. GESTEIGERTER GEMEINGEBRAUCH UND VERFASSUNGSMÄSSIGE RECHTE

5.1. Grundsatz der Geltung der verfassungsmässigen Rechte im Gebiete des gesteigerten Gemeingebrauchs

5.1.1. Im allgemeinen

Generell kann man wohl sagen, dass die Hürde der Anerkennung von Grundrechtsschutz für denjenigen, der gesteigerten Gemeingebrauch beansprucht oder ausübt, überwunden ist(137). Entscheidend scheint mir in diesem Zusammenhang, dass gerade beim gesteigerten Gemeingebrauch ein besonderes Bedürfnis nach Grundrechtsschutz als Korrelat zu den geringeren Anforderungen an gesetzliche Grundlage und generelle Normierung besteht(138). Dies kommt aber bei den verschiedenen Grundrechten noch unterschiedlich zum Ausdruck. Darauf soll im folgenden näher eingegangen werden.

Katalog und Systematik der Grundrechte lehnen sich an die Darstellungen bei Müller, Praxis und Häfelin/Haller an. Ich habe daraus diejenigen zur Besprechung ausgewählt, aus denen sich m.E. ein Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch ergeben kann. Keine Erwähnung finden demgemäss Grundrechte, bei denen sich wegen ihres Inhalts und ihrer Natur ein Bezug zum Thema dieser Arbeit nicht denken lässt, so z.B. Ehefreiheit, Rechtsverweigerungs- und Doppelbesteuerungsverbot.

5.1.2. Freiheitsrechte

5.1.2.1. Persönliche Freiheit

Soweit ersichtlich hat das Bg noch in keinem Fall beurteilt, ob sich aus der persönlichen Freiheit ein An-

spruch auf gesteigerten Gemeingebrauch ergeben könne.

Hingegen gewährt es den Schutz der persönlichen Freiheit im Sonderstatusverhältnis(139) und tönt die Möglichkeit an, es könne sich ein Recht auf staatliche Leistung ergeben(140). Somit sollte einer Anwendung im Gebiet des gesteigerten Gemeingebrauchs nichts im Wege stehen. Seit das Bg auch die psychische Integrität schützt(141), sind solche Fälle durchaus denkbar, auch wenn nur "elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung" betroffen sind(142).

5.1.2.2. Religionsfreiheit

Ohne weitere Begründung bezüglich ihrer Anwendbarkeit gewährt das Bg im Entscheid Pra 1982, 438 ff. den Schutz der Religionsfreiheit für eine Prozession auf öffentlichem Grund. Dass diese als gesteigerter Gemeingebrauch betrachtet wird, ergibt sich aus Erwägung 3a:

"In BGE 49 I 138 E.3 (=Pr 12 Nr. 77) hat das Bg bereits gesagt, dass das Recht zur Benutzung der Strasse für Prozessionen sich nicht ohne weiteres und ohne dass eine Bewilligung der Polizeibehörde erforderlich wäre, aus BV 50 ergebe. Es handelt sich in der Tat um eine besondere Benutzung des öffentlichen Grund und Bodens, welche die Kantone von einer polizeilichen Bewilligung abhängig machen können, wie es für Warenverkäufe, schauspielerische Darbietungen oder Demonstrationen der Fall ist."

Die Anerkennung von Wirkungen der Religionsfreiheit bei gesteigertem Gemeingebrauch reicht bis ins Jahr 1923 zurück(143) und kann somit wohl als Vorläufer oder erster Anfang allgemeiner Grundrechtsgeltung für die Benützung öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken angesehen werden.

Schon Fritz Fleiner(144) der grundsätzlich von einem rein negatorischen Grundrechtsverständnis ausgeht(145) scheint die Geltung der Religionsfreiheit für Aktivi-

täten auf öffentlichem Grund nicht von vornherein auszuschliessen, sondern führt nur an, dass Kultusakte auf öffentlicher Strasse im Interesse des Strassenverkehrs verboten werden dürfen. Beides stimmt mit der hier vertretenen Ansicht überein.

5.1.2.3. Meinungsäusserungsfreiheit und Versammlungsfreiheit (146)

Die Standardformel des Bg lautet hier: Die Behörde hat

"den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht, in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Insoweit entfalten die Meinungsäusserungs- und die Versammlungsfreiheit ihre Wirkungen auch bei Betätigungsformen, die mit gesteigertem Gemeingebrauch verbunden sind(147)."

Dies scheint nun nicht ganz genügend. Es sollte vielmehr die volle Wirkung der "Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht" ohne Einschränkung und ohne "insofern" anerkannt werden. Im Ergebnis kommt das Bg dem allerdings trotz obiger Formulierung wohl sehr nahe. So heisst es in ZBl 1980, 43 zwar:

"Einen positiven Anspruch auf Aufstellung eines Verkaufsstandes auf öffentlichem Grund gibt die Pressefreiheit nicht. Die Verweigerung des Standplatzes stellt deshalb keinen eigentlichen Eingriff in dieses Individualrecht dar, auch wenn sie dessen Ausübung berührt. Die strengen Anforderungen, die an die gesetzliche Grundlage von Eingriffen in verfassungsmässige Freiheitsrechte zu stellen sind, gelten hier nicht."

Weiter unten jedoch:

(Die Behörden)"haben sämtliche allenfalls berührten Grundrechte in die Interessenabwägung einzubeziehen (BGE 100 Ia 402; Imboden/Rhinow a.a.O., Nr. III, S. 829/30). Geht es in diesem Sinne um die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes, so kommt dem Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich freie Prüfungsbefugnis zu...."

In einigen älteren(148) wie auch neueren(149) Entscheidungen wird die Geltung der Meinungsäusserungsfreiheit

(jedenfalls im veröffentlichten Teil) kommentarlos vorausgesetzt.

Zum Problem präventiver Kontrolle von Meinungsäusserungen s. unten 5.2.4.1.

5.1.2.4. Eigentumsgarantie

Die Frage nach der Geltung dieses Grundrechts stellt sich in zweifacher Hinsicht: Gibt das Eigentum an einer bestimmten Sache eine bevorzugte Rechtsstellung in Bezug auf darauf oder daneben sich abspielende Benutzungsformen? (a)? Und wann steht eine erteilte Bewilligung als wohlerworbenes Recht unter dem Schutz der Eigentumsgarantie (b)?

- a) Bezüglich der ersten Frage steht das Bg auf dem Standpunkt, die Nachbarschaft zu einer im Gemeingebrauch stehenden Sache sei ein rein tatsächlicher Vorteil, eine rechtlich bessere Stellung als jeder Dritte geniesse der Anstösser nicht. In Fällen, wo ein im Privateigentum stehendes Grundstück dem Gemeingebrauch gewidmet ist, kann auch der Eigentümer nur diesen Gemeingebrauch ausüben. Will er gesteigerten Gemeingebrauch machen, braucht er wie jeder Dritte eine Bewilligung(150). Die in der Lehre grundsätzlich gegen diese Rechtsprechung vorgebrachte Kritik(151) bezieht sich soweit ersichtlich nicht auf die Stellung des Anstössers im Falle, dass er gesteigerten Gemeingebrauch ausübt. In diesem Bereich rechtfertigt sich m.E. die erwähnte Praxis. Dennoch gibt es Möglichkeiten, die berechtigten Interessen der Anwohner bei der Zulassung bestimmter Benutzungsformen bevorzugt zu berücksichtigen. Solche Möglichkeiten bieten sich sowohl der rechtsetzenden wie auch der rechtsanwendenden

Instanz.

Auf dem Wege der Rechtsetzung kann, soweit dies mit Art. 3 SVG vereinbar ist (dazu unten BT 9.4.), eine Strasse oder ein Platz einem besonderen Zweck gewidmet werden (z.B. sog. Wohnstrassen). Dann stellen die in der Norm umschriebenen Benutzungsformen den Normalgebrauch dar und andere, diesen störende sind gesteigerter Gemeingebrauch. Wird in diesem Sinne eine Strasse dem Spaziergänger und den spielenden Kindern gewidmet (und das Befahren ev. bewilligungspflichtig erklärt), dann kommt dies sicher in erster Linie den Anrainern zu gut(152).

Die rechtsanwendende Behörde ihrerseits kann im Rahmen der Interessenabwägung eine Gewichtung zu Gunsten der Anwohner vornehmen. Diese kann sich z.B. darin äussern, dass das Interesse an einer Veranstaltung (Umzug, Stand), die ein Thema aus der Quartierpolitik betrifft, höher bewertet wird als dasjenige der Allgemeinheit am ungestörten Durchgangsverkehr oder als jenes einer anderen Gruppierung, die zur gleichen Zeit am gleichen Ort gesteigerten Gemeingebrauch ausüben möchte, um für ein allgemeines, nicht das Quartier speziell betreffendes Thema zu werben.

- b) Die zweite Frage betrifft den Fall, dass der Schutz durch die Eigentumsgarantie nicht, wie dies bei den (meisten) anderen Grundrechten der Fall ist, durch die Art der auszuübenden Benutzung als Grundrechtsbetätigung zustande kommt, sondern wegen der besonderen Eigenschaft eines verliehenen Rechts. Wer sich also in diesem Sinne auf die Eigentumsgarantie berufen will, muss sich auf die entsprechende Gewährung eines zumeist als "wohlerworben" bezeichne-

ten Rechts stützen können.

Dies ist der Fall bei entsprechender Zusicherung (i.d.R. bei Bezeichnung als "Konzession"), bei Verleihung in einem synallagmatischen öffentlich-rechtlichen Vertrag(153) oder bei vorbestandenem Rechten(154).

In den weitaus meisten Fällen solcher Art handelt es sich allerdings nicht um gesteigerten Gemeingebrauch, sondern um Tätigkeiten im Bereich von Monopolen bzw. Sondernutzungen. Hingegen scheint mir ausnahmsweise auch das Bestehen eines "wohlerworbenen" Rechts auf gesteigerten Gemeingebrauch möglich(155).

In Diskussion befindet sich gegenwärtig das Verhältnis von Eigentumsgarantie und Vertrauensschutzprinzip(156). Neuere Veröffentlichungen fordern, der Schutz von "subjektiven" öffentlichen Rechten sei ganz aus der Eigentumsgarantie herauszulösen und nur noch durch Anwendung des Vertrauensgrundsatzes zu gewähren(157). Das würde bedeuten, dass die Verwaltung Verträge nur noch aufgrund des Vertrauensschutzes halten müsste.

Dem ist m.E. nicht zuzustimmen. Der Grundsatz pacta sunt servanda sollte sowohl im Privatrecht wie im öffentlichen Recht nicht nur als Ausfluss des Vertrauensprinzips angesehen werden, sondern selbständige Bedeutung haben. Er dient nämlich ausser dem Vertrauensschutz auch anderen, objektiven Interessen, namentlich demjenigen an der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr. Fragen kann man sich lediglich, ob die Eigentumsgarantie zu seiner Durchsetzung "zuständig" ist. M.E. bietet die Rechtspre-

chung zur Eigentumsgarantie aber ein dafür geeignetes Instrumentarium. Allfällige speziell für das Prinzip, wonach auch öffentlich-rechtliche Verträge zu halten sind, entwickelte Regeln müssten mit den heute aufgrund der Anwendung der Eigentumsgarantie geltenden weitgehend übereinstimmen.

Dass der Eigentumsgarantie (oder den an ihre Stelle tretenden Ersatzregelungen) neben dem Vertrauensgrundsatz selbständige Bedeutung zukommt, zeigt auch die sehr zutreffende Unterscheidung der Vertrauensschutzproblematik vom "ex ante"-Gesichtspunkt des Schutzes eines "erworbenen" Rechts "Kraft seiner Begründung" bei Rhinow(158). Auch Weber-Dürler(159) stellt fest:

"Im Vergleich zur Eigentumsgarantie schützt der Vertrauensgrundsatz den Bürger somit in viel geringerem Masse. Der Bestandesschutz steht dem einzelnen beim Vertrauensschutz nur zu, wenn sich die Benachteiligung nicht anders abwenden lässt. Eine allfällige Entschädigung verschafft ausserdem nicht das finanzielle Äquivalent zum Bestand, sondern braucht nur den Vertrauensschaden zu decken."

M.E. sind daher Eigentumsgarantie und Vertrauensschutzprinzip grundsätzlich nebeneinander anwendbar, wobei sich aus dem einen oder dem anderen oder beiden ein Anspruch auf Beibehaltung einer Bewilligung oder auf Entschädigung geben kann.

So können vom Vertrauensschutz her gesehen ein Widerruf zulässig und auch aus der Sicht der Eigentumsgarantie die Voraussetzungen für eine "Enteignung" gegeben sein. Dann ist die Bewilligung gegen Entschädigung widerrufbar.

Andererseits ist es denkbar, dass eine Eigentumsbeschränkung zulässig wäre, aber Treu und Glauben ver-

langen, dass die Bewilligung real aufrechterhalten bleibt und nicht nur als Entschädigung (weil z.B. das Ansehen einer Person schwer betroffen oder andere ideelle Werte zerstört würden, deren Verlust sich durch eine Geldzahlung nicht ausgleichen liesse). Dann ist sie auch gegen Entschädigung nicht entziehbar(160).

Grundsätzlich scheint das Bg im erwähnten Entscheid(161) auch dieser Ansicht zu sein. Unklar ist mir aber, warum dann auf S. 168 unten die beiden Aspekte wieder vermischt(162) werden:

"Werden wohlerworbene Rechte zusätzlich unter den Schutz von Treu und Glauben gestellt, so ist klar, dass dieser Verfassungsgrundsatz insoweit auch gegen Gesetzesänderungen Schutz gewährt. Wenn das Bundesgericht im erwähnten Urteil am Ende ausführte (S. 450 E. 4c), dass der Grundsatz von Treu und Glauben nach der Rechtsprechung gegenüber Gesetzesänderungen nicht angerufen werden könne, so war das einzig auf den Fall bezogen, dass nicht eine Beeinträchtigung wohlerworbener Rechte in Frage stehe, sondern dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Zusammenhang mit einer Rechtsposition angerufen werde, die kein wohlerworbenes Recht darstellt."

Die Gesetzesbeständigkeit ergibt sich nach der Rechtsprechung des Bg aus der Eigentumsgarantie. Ob sie sich auch aus Treu und Glauben ergeben kann, sollte davon unabhängig geprüft werden. Was die Auswirkungen der Anwendung dieser beiden Verfassungsgrundsätze im Einzelnen sind, ist nicht Thema dieser Arbeit.

5.1.2.5. Handels- und Gewerbefreiheit

Den Durchbruch brachte hier der schon mehrfach erwähnte Genfer Prostituiertenentscheid(163). Das Bg kam dort ab von der bis dahin vertretenen Ansicht, gesteigerter Gemeingebrauch geniesse nicht den Schutz der HGF, da diese kein Anrecht auf staatliche Leistung

gewähre(164). In einem grossen Sprung, leider ohne genaue dogmatische Untermauerung fand es zu der Formulierung:

"An der bisherigen Praxis kann daher nicht festgehalten werden. Sie ist in dem Sinne zu ändern, dass der Bürger, der den öffentlichen Grund für die Ausübung einer auf Gewinn gerichteten beruflichen Tätigkeit benutzt, sich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen kann, soweit der Zweck des öffentlichen Bodens es gestattet (vgl. BGE 99 I 399 = Pr 63 Nr. 9)."(165)

Von der Lehre wurde diese Praxisänderung fast einheitlich gewünscht(166), und das Bg hat sie seither in mehreren Entscheiden bestätigt(167).

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass bereits in den Dreissigerjahren Zweifel aufkamen an der alten Rechtsprechung und eine Aenderung erwogen wurde, die sich dann erst fast vierzig Jahre später durchsetzen konnte. So lesen wir in BGE 73 I 215:

"Im nicht veröffentlichten Urteil vom 10. Dezember 1937 i.S. Société coopérative suisse de consommation (Erw. 7) hat das Bundesgericht dann erstmals Zweifel an der Richtigkeit dieser Rechtsprechung geäussert; es hat die Frage aufgeworfen, ob angesichts von Art. 31 lit. e BV, wonach kantonale Verfügungen über die Benutzung der Strassen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen dürfen, an den erwähnten Grundsätzen vorbehaltlos festgehalten werden könne, oder ob nicht ihre Tragweite in der Weise einzuschränken sei, dass eine Verfügung, durch welche die Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch verweigert werde, nur dann vor Art. 31 BV standhalte, wenn die Verweigerung aus Gründen des öffentlichen Wohls (Verkehrssicherheit, Hygiene usw.) erfolge. Diese Frage ist damals wie auch in späteren Entscheiden (BGE 66 I 10, nicht veröffentlichte Urteile vom 26. März 1943 i.S. Marcel Comte, und vom 10. Oktober 1946 i.S. Irma Comte) offen gelassen worden. Im vorliegenden Falle geht das nicht an. Das Bundesgericht sieht jedoch keinen Grund, von der früheren Rechtsprechung abzuweichen. Es hiesse das Wesen der Handels- und Gewerbefreiheit als eines Freiheitsrechtes verkennen, wollte man aus ihr den Anspruch auf eine positive Leistung des Staates...."

5.1.2.6. Andere Freiheitsrechte

Gemäss der beschriebenen Rechtsprechung sollte nichts im Wege stehen, auch den anderen Freiheitsrechten grundsätzlich Geltung im Bereiche des gesteigerten Gemeingebrauchs zu verschaffen. Geeignet hiezu wären namentlich die Informations-, die Kunst-(168) sowie die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit.

5.1.3. Rechtsgleichheit und andere staatsleitende Grundsätze

5.1.3.1. Rechtsgleichheit

Im Gebiet von Art. 4. BV hat das Bg soweit ersichtlich seit jeher den m.E. richtigen Weg eingeschlagen: Die Geltung des Rechtsgleichheitsgebotes wurde grundsätzlich anerkannt, und zwar nicht nur als Willkürverbot, sondern auch als Gebot sachlicher und vernünftiger Gründe für rechtliche Unterscheidungen bei der Rechtsetzung (a) und als Gebot rechtsgleicher Rechtsanwendung (b). Die aus praktischen Gründen nötigen Abweichungen vom Gleichheitsprinzip werden dann in kontrollierbarer Weise als Grundrechtseinschränkungen zugelassen. Bei einigen der nachfolgenden Beispiele handelt es sich nicht um gesteigerten Gemeingebrauch, sondern um Sondernutzung oder Monopolkonzessionen. Sie werden hier trotzdem angeführt, da ja in diesen Fällen wegen der Beschränkung der Bewilligungsmöglichkeit auf einen oder einzelne Anwärter dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur eine schwächere Wirkung zukommen kann als beim gesteigerten Gemeingebrauch, wo in der Regel nicht eine strenge, zahlenmässig vorgegebene Auswahl stattfinden muss. Die entsprechenden Ueberlegungen gelten daher für diesen erst recht.

a) In BGE 41 I 154 ging es um die Frage, ob eine be-

stimmte Art von fischereirechtlicher Bewilligung den Kantonsewohnern vorbehalten werden dürfe. Das Bg verlangt ein "relevantes tatsächliches Kriterium für die Begründung einer ungleichen rechtlichen Behandlung". Auch in zahlreichen anderen Fällen wurde BV 4 bei der Normenkontrolle betreffend gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung kommentarlos angewendet(169).

- b) Zum Gebot rechtsgleicher Rechtsanwendung lesen wir in BGE 34 I 212 f.:

"Ein eigentliches Recht auf Erteilung eines dieser in Ihrer Zahl beschränkten Patente steht zweifellos niemandem zu, und es fehlt auch durchaus an positiven Normen darüber, nach welchen Gesichtspunkten die Verteilung zu geschehen hat. Doch darf hieraus nicht gefolgert werden, dass der Regierungsrat hier vorgehen könne, wie er wolle, dass er nach freiem Belieben, nach Laune und Gutdünken, das Landgarn-Patent dem einen zubilligen und dem andern verweigern dürfe. Vielmehr folgt aus dem Wesen des Rechtsstaates und insbesondere auch dem Postulat der Rechtsgleichheit, dass bei der Verleihung eines nutzbaren Rechtes der vorliegenden Art, wodurch die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit bedingt ist, nicht Gnade und Gunst der Behörden, sondern deren pflichtgemässes Ermessen ausschlaggebend sein sollen, d.h. dass die Verleihung, die Auswahl der zu Beleihenden, nach gewissen Kriterien persönlicher oder sachlicher Art, die nach aussen erkennbar und kontrollierbar und ihrerseits vor dem Grundsatz der Rechtsgleichheit haltbar sind, zu geschehen hat."

In BGE 76 I 298 heisst es:

"Aus Art. 4 BV folgt nämlich, dass ein die Benutzung öffentlicher Strassen einschränkender Erlass oder eine solche Verfügung und daher auch Verweigerung einer Bewilligung zu gesteigertem Gemeingebrauch nur zulässig ist, wenn sich dafür allgemeine staatliche Interessen (Erwägungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit usw.) geltend machen lassen (BGE 46 I 292, 73 I 216)."

Auch in der Rechtsanwendung betreffend gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung ist also das Rechtsgleichheitsgebot grundsätzlich zu wahren(170).

5.1.3.2. Treu und Glauben

Hier ergeben sich im Bereich der Benutzung öffentlicher Sachen keine Sonderregeln. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze(171) finden Anwendung(172). Zum Problem der Konkurrenz mit der Eigentumsgarantie s. oben 5.1.2.4. Praktische Relevanz dürfte dem Vertrauensschutz in folgenden Fällen zukommen:

- Beim Widerruf von Bewilligungen(173)
- Wenn durch Planungsakte(174) Vertrauen erweckt wird, indem sie erwarten lassen, eine öffentliche Sache werde zu einem bestimmten Gebrauch gewidmet. Falls sich dieser nachträglich wegen andersartiger Widmung als gesteigerter zeigt, kann sich ein Schutz aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens ergeben(175). Ebenso, wenn die Behörde einen (widerrechtlichen(176) oder rechtmässigen) gesteigerten Gemeingebrauch formlos duldet.

In beiden Fällen kommt aber dem Vertrauensbruch wohl nur dann Bedeutung zu, wenn der Benützer durch ihn einen zusätzlichen Nachteil erleiden würde, etwa Aufwendungen in gutgläubiger Erwartung langen Gebrauchs getätigt hat.(177)

5.1.3.3. Verhältnismässigkeit

In einigen neueren Entscheiden prüft das Bg behördliches Handeln auf Verhältnismässigkeit, ohne dass ein besonderes Grundrecht betroffen wäre, d.h. der Verhältnismässigkeitsgrundsatz wird selbst zum Grundrecht erhoben(178). Der Kritik daran durch J.P. Müller(179) ist wohl zuzustimmen(180), da die zweckmässige Auftei-

lung in umfassende Prüfung durch die Oberbehörde, Rechtmässigkeitsprüfung durch das Verwaltungsgericht und Grundrechtsschutz durch den Verfassungsrichter dahinfallen würde.

Es ist daher von letzterem, wenn kein besonderes Grundrecht betroffen ist, nur zu prüfen, ob die Unverhältnismässigkeit willkürlich sei(181).

Das Bg scheint sich dieser Auffassung seither auch wieder angeschlossen zu haben(182).

Somit ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip i.V. mit dem Willkürverbot die Unzulässigkeit einer Bewilligungsverweigerung oder einer Bedingung, Auflage oder sonstigen Regelung, die zweckuntauglich oder in krasser Weise entweder nichterforderlich oder unverhältnismässig i.e.S. ist(183).

5.1.4. Petitionsfreiheit und Initiativrecht

Das Recht des Bürgers auf Initiative und Referendum beinhaltet die Befugnis, die dafür nötigen Unterschriften zu sammeln(184).

Gleiches scheint für die Petitionsfreiheit zu gelten(185). Bereits im erstgenannten Entscheid Küpfer(186) wurde der Schutz der Ausübung des Initiativrechts auf öffentlichem Grund gewährt, und die Interessenabwägung ging zugunsten des Petenten aus. Die Erwägung 5 zeigt, dass das Unterschriftensammeln als den Gemeingebrauch übersteigend angesehen wurde (entgegen der Erklärung, man lasse "die Frage offen").

Auch im Entscheid GAP(187) wurde sie "offengelassen". Hier zeigen aber die Erwägungen, mit denen das Bg die

Bewilligungspflicht sanktionierte, nicht klar, ob man trotzdem gesteigerten Gemeingebrauch annahm oder sich auf die polizeiliche Generalklausel oder auf sonst etwas abstützen wollte.

Jedenfalls wurde die grundsätzliche Geltung der Petitionsfreiheit bei der Benützung des öffentlichen Grundes nicht in Frage gestellt. Es ist anzunehmen, dass das Bg auch bei eindeutig gesteigerter Benutzung so entscheiden würde.

5.2. Grundrechtseinschränkungen im Bereiche des Gesteigten Gemeingebrauchs

Wurde einerseits die grundsätzliche Geltung der Grundrechte im Bereiche gesteigten Gemeingebrauchs anerkannt, so tritt andererseits noch viel stärker als beim klassischen Eingriffsschutz die Notwendigkeit hervor, sie auch beschränken zu können. Dies ergibt sich ganz zwingend aus der Begrenztheit der öffentlichen Sachen, ihrer Zweckwidmung, die zu schützen ist, und aus dem Wesen des gesteigten Gebrauchs als nicht gemeinverträglich, d.h. eben gerade regelungsbedürftig.

Die Grundrechte können beschränkt werden auf gesetzlicher Grundlage, im öffentlichen Interesse und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Der Kerngehalt des Grundrechts muss in jedem Fall gewahrt werden⁽¹⁸⁸⁾. Bei verschiedenen Grundrechten ergeben sich Besonderheiten. Im folgenden wird daher zuerst auf die Bedeutung der allgemeinen Einschränkungsvoraussetzungen im Gebiete des gesteigten Gemeingebrauchs eingegangen und danach auf Spezialitäten bei der Einschränkung einzelner Grundrechte.

5.2.1. Gesetzliche Grundlage

Die Bedeutung der bundesgerichtlichen Formulierung, der gesteigerte Gemeingebrauch dürfe ohne gesetzliche Grundlage einer Bewilligungspflicht unterworfen werden, ist oben 4.2. ausführlich erörtert worden. Das Resultat jener Ueberlegungen war eine Abstufung der Anforderungen an die gesetzliche bzw. rechtssatzmässige Grundlage, die sich einerseits aus der Notwendigkeit, andererseits aus der Möglichkeit genereller Normierung ergab. Fehlt die erforderliche Konkretisierung auf der im betroffenen Fall nötigen Stufe, so ist das in Frage stehende Grundrecht verletzt und die Anordnung (d.h. Bewilligungsverweigerung, Bedingung, Auflage oder sonstige Einschränkung) ist verfassungswidrig.

5.2.2. Öffentliches Interesse

Welche öffentlichen Interessen geeignet sind, eine Einschränkung in den verfassungsmässigen Rechten herbeizuführen, bestimmt sich nach dem jeweiligen spezifischen Gehalt des in Frage stehenden Grundrechtes. Bei gewissen Grundrechten sind deshalb nicht alle öffentlichen Interessen geeignet, eine Einschränkung zu rechtfertigen, so insbesondere bei der HGF und der Meinungsäusserungsfreiheit, dazu unten 5.2.4.

Wird der gesteigerte Gemeingebrauch ohne substantiierte gesetzliche Grundlage eingeschränkt, so muss allerdings ganz generell (also ohne Rücksicht darauf, welches Grundrecht eingeschränkt werden soll), gefordert werden, dass (neben den polizeilichen) ausschliesslich diejenigen Interessen Beachtung finden dürfen, die in engem Zusammenhang mit der Organisation eines reibungslosen Benützungsablaufs stehen(189). Aus dessen Notwendigkeit ergibt sich ja erst der Verzicht auf eine kon-

ketisierte Delegationsnorm. Solche Interessen wären etwa die Erhaltung der öffentlichen Sache in gebrauchsfähigem Zustand, die Gefahr von Zwischenfällen, der Platzmangel, die Sicherstellung des zweckgemässen Gebrauchs und ähnliches. Von einer Beschränkung der Interessenabwägung auf solche Gründe ist in der Bundesgerichtspraxis aber nicht die Rede. Vielmehr werden alle möglichen öffentlichen Interessen zur Geltung gebracht, in den neueren Entscheiden z.B.:

- Ratsmitglieder sollen ihrer Tätigkeit ungehindert nachgehen können(190).
- Stimmbürger sollen ungehindert zum Stimmlokal gelangen(190)
- Die Nachtruhe der Bürger(190, 191).
- Die Gefahr von Zwischenfällen(192).
- Die Beschränktheit des Platzangebotes(193).
- Das Erfordernis des Geschäftssitzes in der Gemeinde (193).
- Das Anciennitätsprinzip(193).
- Der Kontrollaufwand(194).
- Das Initiieren der Erstellung von neuen Privatparkplätzen(194).
- Die Sicherheit und das Ruhebedürfnis der Einwohner (195).
- Eine zweckmässige Nutzung der öffentlichen Anlagen

- zugunsten der Allgemeinheit(195).
- Die Aufrechterhaltung des Verkehrs(195).
- Der Zeitbedarf für behördliche Massnahmen(195).
- Belästigung der Anwohner(196).
- Rationelle Erschliessung durch Verhinderung unnötiger Kabelverlegungen(197).
- Der Tier- und Pflanzenschutz(198).
- "l'utilisation idéale de la capacité d'absorption thermique des eaux du Rhône..."(198)
- Der Zweck, den Quartierbewohnern, insbesondere den Kindern, den Anblick von Prostituierten zu ersparen(199).
- Die Wahrung des geschlechtlichen Anstandes(200).

Greift man zurück auf die Kriterien von Regelungseignung und Regelungsbedürftigkeit, die ja nach der hier vertretenen Ansicht den Verzicht auf die substantiierte Grundlage in einem Gesetz i.f.S. (bei leichteren Grundrechtseingriffen) rechtfertigen, so muss klar werden, dass sich andere Ergebnisse zeigen können, wenn Einschränkungen aus sachfremden (d.h. nicht mit der Natur des gesteigerten Gebrauchs in engem Zusammenhang stehenden) Gründen erfolgen. So ist wohl die Regelungsbedürftigkeit klein, wenn die Behörde einfach den zur Verfügung stehenden Boden nach möglichst rechtsgleichen Gesichtspunkten zu verteilen hat, aber grösser, wenn sie Themen wie "geschlechtlicher Anstand" oder den Inhalt von Meinungsäusserungen beurteilt.

len muss.

Die Gerichtspraxis sollte deshalb m.E. differenzieren zwischen Einschränkungen aus öffentlichen Interessen, die einen inneren Zusammenhang mit der Definition des gesteigerten Gemeingebrauchs aufweisen und anderen, welche letztere bezüglich gesetzlicher Grundlage höheren Anforderungen zu genügen hätten(201).

Als zulässige Begründung für Grundrechtsbeschränkungen ohne substantiierte gesetzliche Grundlage bzw. für andere Regelungen ohne konkrete generelle Normierung(202) kommen demnach m.E. die folgenden öffentlichen Interessen in Frage:

- polizeiliche Interessen wie die Gefahr von Zwischenfällen(203),
- organisatorische Notwendigkeiten, die bewirken sollen, dass einerseits der bewilligte gesteigerte Gemeingebrauch und andererseits der Normalgebrauch sowie schon vorher bewilligter gesteigerter Gebrauch möglichst ungestört ablaufen können,
- das Bestreben, eine öffentliche Sache in Konkretisierung des gesetzlich festgelegten Zwecks vorzugsweise einer bestimmten Nutzungsart zukommen zu lassen, insbesondere die "spezifische zusätzliche Verwendung (Markt, Konzerte, Erholungsraum usw.)"(204),
- eine sinnvolle Aufteilung des vorhandenen Bodens auf verschiedene Nutzungsarten,
- ebenso wohl ein gewisser Immissionsschutz zugunsten von Anwohnern, der etwa deren Ansprüchen aus dem Nachbarrecht des ZGB entspricht, aber auch weniger

weit gehen kann, welchenfalls eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung vorliegt.

Mit alledem verbunden ist ein Auswahlermessen bzw. bestimmte Auswahlmechanismen wie etwa das Anciennitätsprinzip (dazu unten 5.2.4.3.).

Die Aufzählung soll nicht abschliessend sein; vielmehr hat die Gerichtspraxis zu definieren, welche Interessen eine Verwaltungsbehörde berücksichtigen darf, wenn sie den weiten Spielraum, der ihr beim gesteigerten Gemeingebrauch gewährt wird, ausnützt. Von einer solchen Abgrenzung ist aber, wie gesagt, in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch nichts zu finden. Vertretbar scheint mir die in Art. 3, Abs. 2 der VBöGS Wi enthaltene Aufzählung der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen:

"Bei der Bewilligungserteilung sind zu berücksichtigen:

- a) Interessen der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, des Strassenverkehrs, des Natur- und Heimatschutzes sowie der Schutz des Stadtbildes,
- b) Verträglichkeit der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes gegenüber der Öffentlichkeit und der Umgebung, insbesondere allfällige Immissionen,
- c) Zweck der Inanspruchnahme und Nachweis des Bedürfnisses,
- d) Verhältnismässigkeit von Ausmass und zeitlicher Beanspruchung,
- e) Gewähr für ordnungsgemässe Benützung und Erfüllung allfällig früher auferlegter Bedingungen".

5.2.3. Verhältnismässigkeit

Ob das Verhältnismässigkeitsprinzip selbständig Verfassungsrang hat(205) oder ob es als Grundsatz des Verwaltungsrechts ohne Verfassungsrang zu werten ist(206)

und was das bedeutet für Regelungen, die nicht in verfassungsmässige Rechte eingreifen (namentlich für den Rechtsschutz, wenn sie unverhältnismässig sind), muss hier dahingestellt bleiben.

Jedenfalls hat es Gültigkeit als Eingriffsvoraussetzung in die verfassungsmässigen Rechte und erscheint in drei Ausprägungen(207).

5.2.3.1. Zwecktauglichkeit

Es lassen sich Fälle denken, wo eine Massnahme (Verbot oder Einschränkung) gar nicht geeignet ist, das geltend gemachte öffentliche Interesse zu befriedigen. Z.B. liesse sich nicht mit dem Argument des Platzmangels eine Einschränkung bezüglich des Inhalts einer Meinungsäusserung rechtfertigen. Oder: Auf einem Platz, wo den ganzen Tag über Baulärm herrscht, könnte wohl nicht eine Versammlung verboten werden mit dem Argument, die Anwohner würden akustisch gestört, weil sie das so oder so werden.

5.2.3.2. Zweckerforderlichkeit

Es darf keine Massnahme geben, die weniger stark in die Rechte des Bürgers eingreifen und zum selben Ziel führen würde. Die Einschränkung darf nicht übermässig sein:

- Sachlich: ein Verbot geht zu weit, wenn eine mit Bedingungen und Auflagen verbundene Bewilligung dem öffentlichen Interesse Genüge täte(208). Unzulässig ist es, eine Prozession zu verbieten, die den religiösen Frieden (Schutzzweck der Verbotsnorm) in der heutigen Zeit nicht mehr zu gefährden vermag(209). Vgl. auch die Erwägungen in den Entscheiden

Graben(210), K pfer(211) und POCH Basel(212).

- Oertlich: Ein Gesuch um Bewilligung der Unterschriftensammlung an einem "weniger neuralgischen Ort" hätte im Fall GAP(213) eventuell bewilligt werden müssen. Und im Genfer Dirnenentscheid heisst es:

"Doch gestatten andere als die getroffenen Massnahmen den Behörden ebenfalls die Erreichung ihres Ziels. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine ähnliche Ordnung, wie sie in Zürich getroffen wurde, mit Anpassung an die besondern örtlichen Verhältnisse von Genf, als hinreichend wirksam. Dagegen verstösst das allgemeine und für das ganze Kantonsgebiet erlassene Verbot gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit."(214)

- Zeitlich: Im Entscheid Graben(215) wurde ein Verbot von Veranstaltungen auf öffentlichem Grund zwischen 22.00 Uhr und 7.00 Uhr als nicht zeitlich übermässig beurteilt.

In BGE 102 Ia 57 ging es um eine Bestimmung, die eine Benützung des öffentlichen Grundes für politische Zwecke u.a. an den Vortagen hoher Feiertage verbot. Dazu äussert das Bg:

"Es scheint daher nicht als gerechtfertigt, diese Vortage in Bezug auf das Ruhebedürfnis und die Zulässigkeit politischer Veranstaltungen den gesetzlichen Ruhetagen gleichzustellen. Nachdem sie nach Ruhetagsgesetz als gewöhnliche Werktage gelten, fehlt ein ausreichender Grund, um die Möglichkeit der Bewilligung politischer Veranstaltungen auf öffentlichen Strassen und Plätzen ex lege auszuschliessen."

- Persönlich(216)

5.2.3.3. Verhältnismässigkeit i.e.S.

Ist eine Einschränkung tauglich und nötig, so muss abgewogen werden, ob die Schwere des Eingriffs in einem vernünftigen Verhältnis steht zu seinem Nutzen im öffentlichen Interesse, d.h. das öffentliche Interesse

muss das entgegenstehende private Interesse des Petenten überwiegen. Diesbezüglich sind der bundesgerichtlichen Praxis die folgenden Aeusserungen zu entnehmen:

- "Die Behörde hat demnach die sich entgegenstehenden Interessen nach objektiven Gesichtspunkten gegeneinander abzuwägen und dabei dem legitimen Bedürfnis, Veranstaltungen mit Appellwirkung an die Öffentlichkeit durchführen zu können, angemessen Rechnung zu tragen."(217)
- "Wenn man schliesslich die gegensätzlichen Interessen einander gegenüberstellt, nämlich einerseits das Interesse des Staates, jeden Anlass zur Unordnung zu vermeiden, und andererseits das Interesse des Bürgers an der Erleichterung der Ausübung eines Volksrechtes, so zeigt sich, dass vorliegend dieses zweite Interesse den Vorzug verdient: Das Risiko einer Störung des freien Fussgängerverkehrs, der öffentlichen Ruhe und Ordnung sowie der Freiheit des Bürgers hat nicht genügend Gewicht, um den angefochtenen Entscheid zu rechtfertigen."(218)
- "Das zuständige Rechtsetzungsorgan darf den Schutz der Sonntagsruhe höher einstufen und diese verhältnismässig geringfügige Beschränkung der politischen Betätigungsmöglichkeit als tragbar erachten."(219)
- "Wird die Durchführung des Strassentheaters an einem bestimmten Ort bewilligt, so ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände auf dem Wege der Interessenabwägung zu entscheiden, ob und in welchem Umfange der Einsatz von Megaphonen oder ähnlichen Einrichtungen notwendig und zu verantworten ist."(220)
- In einem Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts heisst es (ZBI 1981, 134):

"Zusammengefasst ergibt sich, dass das Verkehrs- und Immissionschutzinteresse gegen das Bedürfnis der Gemeinde an der Veranstaltung des Warenmarktes nicht aufzukommen vermag. Das gilt selbst wenn berücksichtigt wird, dass die Verkehrsteilnehmer einen gewissen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Bewegungsfreiheit haben (vgl. BGE 90 I 34 f., 104 Ia 486). Die ihnen zugemutete Einschränkung, einen unbedeutenden Umweg über eine ebenbürtige Strasse einschlagen zu müssen, wiegt das gleichfalls grundrechtlich geschützte Interesse, den Markt an einem Ort durchzuführen, wo er wirtschaftlich Erfolgsaussichten hat (vgl. BGE 101 Ia 481), nicht auf."

5.2.4. Sonderfragen

5.2.4.1. Das Problem der präventiven Kontrolle von Meinungsäusserungen

Präventive Eingriffe in die Meinungsäusserungsfreiheit sind grundsätzlich verpönt(221). Nun ist aber einleuchtend, dass die Kontrolle nicht gemeinverträglicher Aktivitäten eine vorausgehende sein muss, wenn man Komplikationen vermeiden will. Wie oben dargestellt, ist dies unproblematisch, solange die Behörde sich beschränkt auf Erwägungen, die mit der fehlenden Gemeinverträglichkeit und der Zweckbestimmung bzw. -erhaltung im Zusammenhang stehen. Schwierig wird es dort, wo sich die Behörde auf eine Prüfung des Inhalts der zu erwartenden Meinungsäusserungen einlässt. Abgesehen davon, dass dies gemäss der hier vertretenen Ansicht(222) höherer Anforderungen bezüglich Normkonkretisierung bedürfte, steht es im Widerspruch zum eingangs erwähnten Grundsatz.

Das Bg pflegt diesbezüglich zu betonen, die Bewilligungspflicht dürfe sich nicht als politische Zensur auswirken(223), bzw. "ob die Auffassungen, die durch die fraglichen Veranstaltungen verbreitet werden sollen, der zuständigen Behörde mehr oder weniger wertvoll und wichtig erscheinen", dürfe "für den Entscheid über die nachgesuchte Bewilligung nicht ausschlaggebend sein."(224)

Und doch lässt das Bg in einem m.E. zu weit gehenden Masse(225) Rücksichtnahmen auf den Inhalt der Meinungsäusserungen zu. Das Thema soll anhand des exemplarischen Entscheides in Sachen Homosexuelle Arbeitsgruppe St. Gallen, abgedruckt in ZBl 1980, 42 ff., erörtert

werden. Dort werden die folgenden vier Kategorien von Meinungsäusserungen unterschieden:

- a) Solche, die nicht der Meinung der Bewilligungsbehörden entsprechen. Sie dürfen nicht aus diesem Grund verboten werden.
- b) Solche, die dem "öffentlichen Interesse an der Wahrung des üblichen geschlechtlichen Anstandes" oder dem "Schamgefühl der Passanten" zuwider laufen.
- c) Solche, die "mehr oder weniger offen zu einem rechtlich verpönten Verhalten auffordern."
- d) Schliesslich diejenigen, welche einen Straftatbestand erfüllen.

Aus dem erwähnten Entscheid geht hervor, dass das Bg jede der drei Varianten b, c und d zulässt als Begründung der Bewilligungsverweigerung für das Aufstellen des Informationsstandes auf öffentlichem Grund.

Aus zwei neuen Urteilen(226) geht die Kategorie

- e) hervor: Äusserungen, die wegen ihres Inhalts die Gefahr der Verletzung von Polizeigütern nach sich ziehen.

In anderen Entscheiden(227) heisst es, die Auflage, es dürften keine "Aufforderungen zu rechtswidrigen Handlungen" mitgeführt werden, ohne dass dabei die Schriften zu einer Vorzensur unterbreitet werden müssten, sei zulässig.

Die Frage präventiver Kontrolle von Meinungsäusserungen scheint mir derart delikant, dass sich nach dem Kri-

terium der Regelungsbedürftigkeit hier gebieterisch eine substantiierte Regelung auf Gesetzesstufe aufdrängt. Die Erwägungen in ZBl 1980, 44 f., mit denen das Bg die Bewilligungsverweigerung aus den Gründen b und c rechtfertigt, scheinen mir nicht befriedigend. Gerade die Bemerkung am Schluss des Entscheides, die Pressefreiheit werde nicht ausgehöhlt, weil die Zeitschrift auch anderweitig, z.B. durch Kioske vertrieben werden könne, zeigt, dass hier aus Anlass des gesteigerten Gemeingebrauchs und unter Ausnützung der grösseren Regelungsfreiheit eine Äusserungskontrolle betrieben wird, für die sonst keine Möglichkeit bestünde. Dabei wird klar, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Inhaltskontrolle und der die erhöhte Regelungsbefugnis rechtfertigenden Natur des gesteigerten Gebrauchs fehlt.

Diesen Aspekt hatte auch das Bg im Falle Graben (107 Ia 298) vor Augen, wo es heisst:

"Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen, dass sich die Pflicht zur Bezeichnung der Redner bereits im Bewilligungsgesuch unter Umständen wie eine Vorzensur auswirken kann. Das Reglement enthält keine Vorschrift, wonach der Entscheid über die Bewilligung einer Veranstaltung nicht von den als Redner genannten Persönlichkeiten abhängig gemacht werden dürfte; eine solche Vorschrift wäre auch kaum durchsetzbar. Die angefochtene Bestimmung lässt sich daher nur aufrechterhalten, wenn sie als unumgänglich erscheint, um den Behörden ein Urteil über den im konkreten Fall angemessenen Ordnungsdienst zu ermöglichen."

Hingegen soll nicht übersehen werden, dass in vielen Fällen eine Kontrolle wünschbar und nötig ist. Es gibt öffentliche Interessen, die dem Anspruch auf freie Meinungsäusserungen vorgehen. Doch ist es unbefriedigend, wenn eine Behörde lediglich auf Grund ihres Aufsichtsrechts über eine öffentliche Sache solch schwierige Fragen (über alle Sachgebiete hinweg) in freiem Beurteilungsspielraum entscheiden kann. Es sollte deshalb eine genau konkretisierte gesetzliche Grundlage ge-

schaffen werden. Ohne eine solche sind Meinungsäusserungen nur aus den oben erwähnten, mit dem gesteigerten Gebrauch als solchem eng zusammenhängenden Gründen einzuschränken. Es erscheint mir vertretbar, dass dazu auch die unter d und e erwähnten Gesichtspunkte gehören, da sie den Schutz von Polizeigütern betreffen. Nicht geeignet sind m.E. die in b und wohl auch die in c beschriebenen öffentlichen Interessen.

Eine ausführliche Erörterung aus der Sicht des deutschen Rechts hat die vorliegende Frage durch Schmidt(228) erhalten. Er kommt zum Schluss, die zur Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs primär zuständige Behörde habe nur die "wege-verkehrsrechtlichen" Aspekte zu prüfen und allenfalls einer Bewilligungsverweigerung oder Benützungseinschränkung zu Grunde zu legen und im übrigen die zum Schutze anderer gefährdeter öffentlicher Interessen zuständige Behörde über den Benützungsantrag zu informieren, ebenso den Petenten über die Gefährdung dieser anderen öffentlichen Interessen. Dies ist wohl die rechtsstaatlich überzeugendste Lösung.(229)

Dennoch erscheint sie mir als zu weit gehend. Im Lichte der Verfahrensökonomie ist es sinnvoller, wenn eine einzige zuständige Behörde auf Grund klarer gesetzlicher Grundlagen über das ganze Gesuch entscheidet. Wie enorm der Zeitaufwand ist, wenn verschiedene Behörden über ein Gesuch zu entscheiden haben, sieht man an den Bearbeitungszeiten z.B. von Baugesuchen, wo, wie die Praxis zeigt, die gesetzlich festgelegten, auch schon grosszügig bemessenen Bearbeitungsfristen zumeist nicht eingehalten werden können.

Einzugehen ist noch auf die von Rüesch(230) geäusserte Ansicht einer abgeschwächten Geltung der Freiheitsrech-

te im Bereiche gesteigerten Gemeingebrauchs:

"Ueberall dort aber, wo vom Staat auf Grund der Leistungsfunktion eines Grundrechts ein positives Tätigwerden verlangt werden darf (Zurverfügungstellen von öffentlichem Grund...), wo er also nicht in rein negatorischer Freiheitsrechtskonzeption bloss abseitszu stehen hat, da können Grundrechtsschranken (der Leistungsfunktion) in Situationen ansetzen, in denen der Staat noch nicht in die Abwehrfunktion des Freiheitsrechts eingreifen dürfte."(231)

Gegen diese Konzeption spricht folgendes:

a) Im Genfer Dirnenentscheid(232) heisst es:

"Wie Grisel (a.a.O. S. 301) ausführt, setzt indes ein solcher Gebrauch nicht immer eine positive Leistung des Staates voraus. Diese Leistung braucht es z.B. nicht beim Verkauf von Waren auf der Strasse oder bei der Tätigkeit der Beschwerdeführerinnen, sofern darin ein gesteigerter Gemeingebrauch liegen sollte. Sehr oft handelt es sich um ein blosses Gewährenlassen seitens des Staates. Die Ueberlegung, die der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegt, ist daher nicht einwandfrei. Sie ist nicht allgemein gültig, was die Lösung, zu der sie in der Rechtsprechung führte, als verfehlt erscheinen lässt."

Das bedeutet ganz klar, dass nicht in allen Fällen gesteigerten Gemeingebrauchs die "Leistungsfunktion" des Freiheitsrechts zur Anwendung käme, sondern dort, wo keine staatliche Leistung vorliegt, die "Abwehrfunktion". Somit müsste eine Unterscheidung getroffen werden zwischen Fällen, in denen die Zurverfügungstellung der öffentlichen Sache eine Leistung ist und solchen, wo bloss Gewährenlassen vorliegt. Diese Unterscheidung hat sich aber als letztlich nicht definierbar erwiesen.(233)

b) Im weiteren wurde soeben begründet, dass der zuständigen Behörde nicht ein grosser Ermessensspielraum über alle Sachgebiete hinweg in der heiklen Frage der präventiven Aeusserungskontrolle zukommen sollte.

c) Die vorgeschlagene grundsätzliche Aufteilung der

Grundrechtsfunktion ist nicht nur generell problematisch(234), sondern zumindest im Bereiche des gesteigerten Gemeingebrauchs auch unnötig: Dem Umstand, dass im einen Fall von Gemeinwesen eine Leistung verlangt wird und im anderen dieses nur von einem Eingriff abzuhalten ist, kann auch im Rahmen der Interessenabwägung Rechnung getragen werden. Dabei kann auch viel differenzierter überlegt und entschieden werden als auf Grund einer starren Einteilung in Abwehrfunktion und Leistungsfunktion.

- d) Auch wenn man mit der Ansicht übereinstimmt, der gesteigerte Gemeingebrauch sei eine Vorzugsstellung, die der Staat nicht zum Zwecke der Verbreitung rechtlich verpönter Ansichten gewähren müsse(235), ändert das nichts an der Forderung nach grundsätzlichem Verfassungsrechtsschutz solcher Äusserungen und der substantiierten generellen Determinierung allfälliger Einschränkungen, soweit sie sich nicht direkt mit der Umschreibung des gesteigerten Gemeingebrauchs oder dem Schutz von Polizeigütern begründen lassen. (s. oben 5.2.2.).

5.2.4.2. Das Verbot rein wirtschaftspolitischer Einschränkungen der HGF

Ausser in den von der BV vorgesehenen Fällen darf die HGF nicht aus rein wirtschaftspolitischen Gründen eingeschränkt werden(236). Im Genfer Dirnenentscheid(237) wird dies ausdrücklich erwähnt. Die späteren Entschiede, in denen die HGF eine Rolle spielt, erwähnen die Frage nicht mehr(238). Somit ist wohl anzunehmen, das Bg wolle auch auf dem Gebiete des gesteigerten Gemeingebrauchs nicht von dieser Regel abweichen.

5.2.4.3. Auswahlermessen und Auswahlmechanismen bei der Zuteilung beschränkt verfügbarer Nutzungsrechte

Es wird sich häufig ergeben, dass bei mehreren Petenten die jeweilige Interessenabwägung zugunsten der Bewilligungserteilung ausgeht, dass aber ein Überwiegen des öffentlichen Interesse besteht, dass nicht alle, sondern nur eine bestimmte Anzahl die gesteigerte Benützung ausüben. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Behörde eine bestimmte Zone für einen Markt ausscheiden will, aber Gesuche für eine viel grössere Fläche vorliegen. Die Notwendigkeit, den vorhandenen öffentlichen Boden aufzuteilen und nur eine begrenzte Fläche für den Markt freizugeben, rechtfertigt es dann, unter den Bewerbern eine Auswahl zu treffen. Im folgenden soll untersucht werden, welche Anforderungen an diesen Auswahlentscheid gestellt werden(239).

In BGE 108 Ia 135 ff. ging es um die Zuteilung beschränkt vorhandener Taxi-Standplätze. Die daraus resultierenden Beschränkungen der HGF müssen "im öffentlichen Interesse notwendig sein, auf sachlich vertretbaren Kriterien beruhen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren." Als Beispiel eines zulässigen Auswahlkriteriums wird das Anciennitätsprinzip(240) bezeichnet.

Ein Beispiel für ein nicht sachlich begründetes Kriterium bei der Verteilung von Taxistandplätzen ist die "Unenteilbarkeit der Firma", wonach jeder Halter seine Taxis unter Ausschaltung des sonst geltenden Anciennitätsprinzips nur auf einem und demselben Platz haben durfte und folglich nur als ganzes Unternehmen auf "bessere" Standorte vorrücken konnte. Dies bevorzugt in ungerechtfertigter Weise die Kleinunternehmen, wäh-

rend ein Halter mit mehrern Taxis lange Zeit blockiert werden kann.(241) Es ist hier noch zu erwähnen, dass sich die genannten Beispiele aus dem Taxiwesen auf eine Qualifikation der festreservierten Standplätze als gesteigerter Gemeingebrauch stützen, während in dieser Arbeit die Ansicht vertreten wird, es handle sich um Sondernutzung (242).

Im Entscheid betreffend Kabelverlegung in Rorschach(243) bezeichnet das Bg die Aufteilung des Gemeindegebietes auf die interessierten Firmen als einer vernünftigen, vor der HGF standhaltenden Interessenabwägung entsprechend.

Wenn aus Platzmangel einzelne Schausteller abgewiesen werden müssen, so ist für die Auswahl ein sachliches Kriterium anzuwenden, das sich aus dem zu beurteilenden Sachverhalt (der Gebrauchsart) selbst ergibt. Kein solches Kriterium liegt vor, wenn die Behörde eine Schaustellerin deshalb nicht zulässt, weil ihr Ehegatte für sein eigenes, unabhängig von ihr betriebenes Fahrgeschäft schon einen Standplatz erhalten hat:

"Indem der Klägerin mit Rücksicht auf ihre eheliche Verbindung zu einem bereits zugelassenen Schausteller die Teilnahme versagt wurde, erfuhr sie gegenüber den Mitbewerbern eine Benachteiligung aufgrund eines Kriteriums, für dessen Heranziehung sich aus dem Sachverhalt, auf den sich die Ermessensentscheidung bezieht, kein sachlich vertretbarer Grund anführen lässt."(244)

Allgemein gesprochen muss die Behörde somit eine sich auf sachliche Gründe stützende Praxis üben(245). Zuzustimmen ist der Ansicht von Saladin(246), dass eine solche Auswahl erst zulässig ist, wenn sie auch wirklich nötig ist, d.h. wenn mehr Gesuche als verfügbarer Raum vorliegen. Hingegen darf die Behörde m.E. zuwar-ten bis zu einem bestimmten Termin und dann die eingegangenen Gesuche beurteilen. So kann sie sachlichere

Gesichtspunkte anwenden als einfach "Wer zuerst kommt,
mahlt zuerst."(247)

B E S O N D E R E R T E I L

AUSGEWAHLTE FÄLLE AKTUELLER BENÜTZUNGSFORMEN

1. ANSPRECHEN AUF DER STRASSE

Das Ansprechen von Passanten auf der Strasse kann verschiedene Zwecke verfolgen. Die gebräuchlichsten davon sind das Erfragen von Meinungen (Umfrage) und umgekehrt das Aeussern der eigenen Meinung. Aber auch Verkaufsgespräche werden auf diese Art begonnen. Wenn der Kauf dann nicht mehr auf dem öffentlichen Grund abgeschlossen und erfüllt wird, liegt kein eigentlicher Strassenverkauf vor.

M.F. sind solche Tätigkeiten grundsätzlich gemeinverträglich und nicht als gesteigerter Gemeingebrauch zu betrachten. Sehr zutreffend hat sich diesbezüglich das Zürcher Obergericht im Jahre 1948 geäussert:(248)

"St. versuchte vor dem Allenmoosbad mit Radfahrern Diebstahlsversicherungen abzuschliessen. Der Polizeirichter der Stadt Zürich büsste ihn deswegen mit Fr. 5.--..."

Die städtische Verordnung über die Benützung des öffentlichen Grundes vom 24. Juni 1911,... bestimmt in Art. 1, dass jede private Benutzung des öffentlichen Grundes zu Bau- oder gewerblichen Zwecken ausser den Vorschriften der Allgemeinen Polizeiverordnung noch den in Art. 2 ff. aufgeführten Bestimmungen unterworfen sei. In Art. 11 bestimmt sie sodann, dass die Benutzung des öffentlichen Grundes zu gewerblichen Zwecken mit polizeilicher Einwilligung nur da zulässig sei, wo der Verkehr dies erlaube.

...

Dieser Auffassung der Vorinstanz ist beizupflichten. Die deckt sich mit der bisherigen Rechtsprechung, die bei der Auslegung des Art. 11 davon ausging, dass die Verordnung über die Benützung des öffentlichen Grundes in erster Linie dem ungehinderten Verkehr diene. So hat das Obergericht in ZR XXXVII Nr. 134 erklärt, für die Bewilligungspflicht der auf öffentlichem Grunde ausgeübten gewerblichen Tätigkeit komme es darauf an, ob diese den Verkehr auf dem Strassengebiet notwendigerweise in Mitleidenschaft ziehe....

Führte die Tätigkeit des Gebüsstes nicht zu einer Behinderung des Verkehrs, so fällt sie nicht unter die bewilligungspflichtigen gewerblichen Tätigkeiten im Sinne von Art. 11."

Es wurde also namentlich festgehalten, dass die (damalige, aus dem Jahre 1911 stammende) Verordnung über die Benützung des öffentlichen Grundes dem "ungehinderten Verkehr" und nicht gewerbepolizeilichen Zwecken diene. Dies sollte man sich auch bei den heute geltenden Vorschriften immer vor Augen halten. Insbesondere die Generalklauseln, wonach die Benützung "zu Sonderzwecken" bewilligungspflichtig sei(249), können nicht befriedigen und führen dazu, dass auch gemeinverträgliche Gebrauchsarten ohne gesetzliche Grundlage der Bewilligungspflicht unterstehen, was nach der hier vertretenen Ansicht unzulässig ist. Die erwähnten Formulierungen sollten deshalb nur bei nichtgemeinverträglichen, d.h. gesteigerten Gebrauchsarten Anwendung finden.

Die Grenze zum gesteigerten Gebrauch dürfte da liegen, wo sich Ansammlungen bilden, z.B. wenn die Meinungsäußerung mit lauter Stimme von einer Kiste herunter erfolgt, wie dies in einer Ecke des Londoner Hyde Park üblich ist.

Hingegen rechtfertigt sich m.E. bei Belästigung der Passanten keine Annahme von gesteigertem Gemeingebrauch, sondern es wäre aufgrund des Polizeirechts einzugreifen.

Somit kommt eine Wegweisung oder Bestrafung von Leuten, die als Einzelne jeweils einen Passanten ansprechen und ihn zu

einem Verkaufsgespräch und Vertragsabschluss bewegen wollen, nur nach Massgabe des Gewerbepolizeirechts (Handelsreisendenkarte) oder der allgemeinen Polizeiklausel in Frage, nicht aber gestützt auf das Aufsichtsrecht über die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Dies insbesondere auch dann nicht, wenn die Polizeiverordnung oder die VBöGS eine zu weit gehende, auf den Zweck statt auf die Gemeinverträglichkeit abstellende Generalklausel enthält.

2. VERKAUF UND VERTEILUNG VON DRUCKSACHEN

Auch die Verteilung von Drucksachen kann auf verschiedene Weise erfolgen und diversen Zwecken dienen. Wiederum sollte bei der öffentlich-sachenrechtlichen Diskussion nicht der Zweck, sondern die Gemeinverträglichkeit ein massgebendes Kriterium sein. In der deutschen Literatur ist die Rede von "Kommunikativem Gemeingebrauch"(250).

Das unentgeltliche Verteilen von Drucksachen durch Einzelpersonen wird vom Bg als gemeinverträglich angesehen. Eine Bewilligungspflicht ist demgemäss zumindest im Geltungsbereich der Meinungsäusserungsfreiheit unstatthaft(251). Damit lässt sich wohl auch der Entscheid 110 Ia 47 vereinbaren, der die Bewilligungspflicht für die Verteilung von Drucksachen unmittelbar vor dem Ratsgebäude und vor Stimmlokalen als zulässig erklärt. Es handelt sich dort um Boden, der im Rahmen der aufsichtsbehördlichen Konkretisierungsbefugnis(252) einem Sonderzweck gewidmet wurde, mit dem die Drucksachenverteilung nicht verträglich ist.

Eine Regelung die mit diesen Ueberlegungen übereinstimmt, ist in der Winterthurer VBöGS Art.27 enthalten:

"Flugblätter politischen und religiösen Inhalts und Einladungen zu bewilligten Veranstaltungen auf dem öffentlichen Grund sowie zu Veranstaltungen auf Privatgrund dürfen jederzeit ohne Erlaubnis verteilt werden."

Ein ausgesprochener Grenzfall ist wohl gegeben, wenn die Drucksachen verkauft werden. Dann bleiben immerhin die Käufer stehen und möglicherweise bilden sich kleine Ansammlungen. Das Bg lässt hier die Bewilligungspflicht "gerade noch" zu, obwohl sie "verfassungsrechtlich fragwürdig" ist(253). M.E. sollten diese Bedenken überwiegen(254). Die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs ist ziemlich gering, und in Fällen von Missbrauch oder Störung kann aufgrund der polizeil-

chen Generalklausel eingegriffen werden. Obwohl eine gewisse Beeinträchtigung der Normalbenützung möglich ist, kann man deshalb auch den Verkauf noch als gemeinverträglich betrachten und dem einfachen Gemeingegebrauch zurechnen(255). Dies gilt für Einzelpersonen, welche die Druckerzeugnisse auf sich tragen. Gesteigerter Gebrauch liegt jedoch vor, wenn die Verteilung gruppenweise(256) und massiert oder von einem Stand aus(257) erfolgt.

Ebenfalls gesteigerter Gemeingegebrauch (und nicht Sondernutzung) liegt vor, wenn ein mit dem Boden nicht fest verbundener Zeitungsautomat aufgestellt wird, wie dies namentlich zum Verkauf der Sonntagspresse geschieht.

Eine scharfe Zäsur liegt in der Rechtspraxis zwischen diesen Tätigkeiten der Meinungsäusserung und dem Verteilen von "Druckerzeugnissen, die Erwerbszwecken dienen". Letzteres ist in den Städten Zürich(258) und Winterthur(259) generell verboten.

Eine stichhaltige Begründung lässt sich hiefür m.E. nicht finden. Ob die Druckerzeugnisse eine Werbebotschaft für ein Gewerbe oder für einen ideellen Inhalt verbreiten, hat keinen Einfluss auf die Gemeinverträglichkeit. Da die Werbung unter dem Schutz der HGF steht(260), existiert m.E. ein Anspruch auf Zulassung zum öffentlichen Grund auch für Drucksachenverteilung oder -verkauf mit Erwerbszweck. Jedenfalls lässt sich das Verbot nicht mit dem Vorliegen von gesteigertem Gemeingegebrauch begründen.

Es ergibt sich demnach, dass die Verteilung von Drucksachen aller Art und deren Kleinverkauf ohne Installationen dem normalen Gemeingegebrauch zugehören, wenn sie durch Einzelpersonen und nicht an dafür ungeeigneten Orten geschehen.

Eine Gemeindeverordnung kann deshalb ohne substantiierte ge-

gesetzliche Grundlage nur das Verteilen oder Verkaufen von Drucksachen regeln und der Bewilligungspflicht unterstellen, soweit gesteigerte Formen vorliegen, nämlich

- bei Verwendung von Ständen oder anderen Installationen
- bei Verteilung durch mehrere Personen am gleichen Ort
- an verkehrstechnisch ungeeigneten Orten
- wohl auch dann, wenn eine Person das Verteilen nicht nur gelegentlich, sondern regelmässig und häufig (z.B. täglich) betreibt

Für Einschränkungen der dem einfachen Gemeingebrauch zuzurechnenden Formen sind dagegen gemäss der hier vertretenen Ansicht (oben AT 4.2.) höhere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen.

3. STRASSENMUSIKANTEN

Die Strassenmusikanten haben in den letzten Jahren eine sehr starke Vermehrung, einen eigentlichen Boom erlebt und gehören heute wohl in fast jeder Stadt zum gewohnten Bild. Der daraus entstehende Interessengegensatz zwischen den durch die HGF (und eventuell die Kunstfreiheit als Teil der Meinungsäusserungsfreiheit?)(261) geschützten Anliegen der Darbieter und denjenigen der Geschäftsinhaber und übrigen Anwohner hat die Behörden allenthalben zum Handeln gezwungen.

Gestützt auf das im allgemeinen Teil Gesagte darf wohl angenommen werden, dass es sich bei dieser Benützungsart um gesteigerten Gemeingebrauch handelt. Dafür sprechen die Ungeeignetheit bestimmter Orte und Zeiten für das Musizieren auf öffentlichem Grund, die grosse Wahrscheinlichkeit der Behinderung des Fussgängerverkehrs durch Ansammlungen und auch die faktische Unmöglichkeit, durch nachträgliches Eingreifen befriedigende Zustände zu schaffen (letzteres im Gegensatz etwa zu den Blumenkisten, vgl. unten 6.).

Dass die gegenteilige Ansicht zum mindesten nicht willkürlich ist, hat das Bundesgericht im unveröffentlichten Urteil in Sachen Genehmigung der Verordnung über die kulturellen Strassenaktivitäten in der Gemeinde Bern vom 14.4.1983 entschieden:

"Der Regierungsrat durfte davon ausgehen, dass mit der Bestimmung von Art. 118 Abs. 3 der Bauordnung die Lauben dem Gemeingebrauch offenstehen. Zum Gemeingebrauch können sowohl das Durchschreiten der Lauben als auch etwa das Verweilen zum Betrachten eines Schaufensters oder zum Gespräch mit Bekannten gehören. Es lässt sich mit sachlichen Gründen vertreten, hierzu auch das kurzfristige Auftreten von Strassenkünstlern und Strassenmusikanten zu zählen. Wird der Begriff des Gemeingebrauchs in dieser Weise verstanden, so erscheint es nicht willkürlich, ihn auch auf das allgemeine Durchgangsrecht im Sinne von Art. 118 Abs. 3 Bauordnung anzuwenden. Dem steht auch die Behauptung des Beschwerdeführers nicht entgegen, wonach Strassenkünstler oft Ansammlungen von Personen bewirken, welche den Durchgang durch die Lauben erschweren. Denn

nach Art. 3 Abs 1 lit. e der Verordnung dürfen der Fussgänger- und Fahrzeugverkehr sowie der Zutritt zu Liegenschaften nicht behindert werden. Daher erweist sich die Rüge der Verletzung von Art. 4 BV in diesem Punkte als unbegründet."

Das vom Bg zuletzt gesagte ist allerdings keine Begründung für die Qualifizierung des Musizierens auf der Strasse als Gemeingebrauch, sondern nur dafür, dass die Tätigkeit der Strassenkünstler dem Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung nicht widerspricht.

Zur Annahme gesteigerten Gemeingebrauchs genügt aber die Behinderung des normalen Durchgangsverkehrs, insbesondere des Durchgangs durch die Lauben. Hierzu kommen die übrigen oben erwähnten Argumente. Der zitierten Betrachtungsweise kann deshalb nicht gefolgt werden. (Da, wie gesagt, nur Willkürkognition gegeben war, kann sie auch nicht als vom Bg vollumfänglich sanktioniert gelten).

Somit handelt es sich beim Strassenmusikantentum um gesteigerten Gemeingebrauch, der den Schutz der HGF und allenfalls der Meinungsäusserungsfreiheit(262) geniesst. Dies bedeutet, dass die nach einem Gesetz im formellen Sinn zuständige Behörde eine generelle Regelung (Verordnung) erlassen kann (und als Voraussetzung für Eingriffe erlassen muss)(263).

Wenn man die Praxis in verschiedenen Schweizer Städten betrachtet, so bestehen namentlich im formellen Bereich etliche Mängel:

- In der Stadt Zürich geht man von einem generellen Verbot des Musizierens zu Erwerbszwecken auf öffentlichem Grund aus, lässt aber "auf Zusehen hin" die Musikanten gewähren. Dass dies unbefriedigend ist und der Willkür Tür und Tor öffnet, bedarf keiner weiteren Begründung.

- Andere Städte haben "Richtlinien" erlassen, die aber oft der formellen Grundlage in einer Verordnung entbehren und nur in einem vorgedruckten Beilligungsformular oder in einem Brief oder Merkblatt enthalten sind. Auch dies ist namentlich aus der Sicht des Rechtsschutzes nicht ganz befriedigend.
- Die Ordnungen unterscheiden sich auch dadurch, dass in gewissen Städten eine vorherige Bewilligung einzuholen ist, in anderen nicht. Der Bewilligungszwang ist m.E. eine zumutbare Einschränkung und kann die richtige Information der Darbieter und somit einen reibungslosen Ablauf gewährleisten.

In materieller Hinsicht sind die Richtlinien in der Regel nicht zu beanstanden. Ueblich und m.E. zulässig sind die folgenden Regelungen:

- Örtliche und zeitliche Beschränkung, wobei aber dem Interesse an Publikumskontakt in genügender Weise Rechnung zu tragen ist;
- Ein die Interessen des Musikanten an der Möglichkeit, eine bestimmte Zeit lang am gleichen Ort bleiben zu können, angemessen berücksichtigender Rotationszwang;
- Die Beschränkung hintereinander folgender Bewilligungen für dieselbe Person. Zu streng scheint mir allerdings die Winterthurer Bestimmung(264), wonach nur eine Bewilligung pro Woche erteilt wird. Gerade herumreisende Musiker sollten wenigstens einige Tage in einer Stadt bleiben können, sonst wachsen die Reisespesen unzumutbar an. Besser ist deshalb die Regelung in Lugano, wo eine Bewilligung für maximal sechs aufeinanderfolgende Tage erteilt werden kann(265);

- Die Beschränkung der Gesamtzahl der Bewilligungen pro Zeiteinheit und/oder pro Strassenzug oder Platz;
- Polizeiliche Auflagen i.e.S., z.B. das Verbot von Verstärkeranlagen, Gefährdungen der Passanten, Betteln ("Hinweis auf Notlage") usw.

Zum Teil werden aber auch Auflagen gemacht, die Bedenken wecken:

- Die Beschränkung der an Ausländer erteilten Bewilligungen ist wohl nicht grundsätzlich verfassungswidrig, da ihnen die HGF nur beschränkten Schutz bietet(266). Sie ist aber nicht öffentlichsachenrechtlich motiviert und gehört eher in einen Erlass des Fremdenrechts.

Eine m.E. günstige Lösung besteht in St. Gallen, wo auf einem gemeinsamen A4-Formular zugleich eine Gebrauchs- und eine fremdenpolizeiliche Bewilligung erteilt werden.

- An mittelalterliche Zustände erinnert die Bestimmung, dass "bei Reklamationen" (Winterthur)(267) bzw. "auf Verlangen von Anwohnern" (St. Gallen)(268) unverzüglich ein anderer Spielort aufzusuchen sei. Sie liefert den Bewilligungsinhaber(!) schutzlos der Privatwillkür aus und ist m.E. etwas beschämend. Jedenfalls entspricht sie in keiner Weise rechtsstaatlichem Gedankengut.
- Einen interessanten Aspekt bringt Art. 5 der Strassenkünstlerverordnung von Lugano ins Spiel (vgl. Anm. 265).

Dort wird nämlich auf die Qualität der Darbietung abgestellt: die Polizei kann eine Bescheinigung über die bisherige künstlerische Ausbildung verlangen. Als Auswahlkriterium bei einer Ueberzahl von Bewerbungen ist dies wohl nicht zu beanstanden. Eine Ablehnung wegen mangelnder Qua-

lität ohne Auswahlzwang wäre dagegen mit der HGF nur zu vereinbaren, wenn die Darbietung so schlecht ist, dass sie allgemeines Aergernis hervorruft und aus polizeilichen Gründen eingeschritten werden muss. Dies dürfte aber sehr selten der Fall sein.

4. STRASSENPROSTITUTION

Das Bg hat bis anhin offengelassen, ob "die Prostituierten mit der Kundensuche auf der öffentlichen Strasse ihre Tätigkeit im Rahmen des Gemeingebrauchs ausüben"(269). Die Rechtsprechung behandelt daher die Einschränkungen der Strassenprostitution immer aus der Optik des Polizeigüterschutzes(270). So konnte man mit Hilfe des Verhältnismässigkeitsprinzips die meisten anstehenden Probleme befriedigend lösen.

Dennoch kann es wohl Situationen geben, in denen die Qualifikation als Benutzungsart von öffentlichem Grund eine Rolle spielt. Sie kann sich einerseits aus der Art der Ausübung, andererseits aus den Besonderheiten des in Frage stehenden öffentlichen Grundes ergeben.

a) Mit der Art der Ausübung wird sich nur selten das Vorliegen von gesteigertem Gemeingebrauch begründen lassen. Im Gegensatz etwa zu Strassenmusikanten bilden sich in aller Regel keine Ansammlungen, ebenso wenig werden Installationen verwendet. Fragen könnte man sich allenfalls, ob noch einfacher Gemeingebrauch vorliegt, wenn der Kundenfang oder gar die Unzucht in einem auf öffentlichem Grund parkierten Auto stattfinden. Die Frage ist m.E. zu bejahen. Der Parkgebrauch ist nicht intensiver als z.B. bei Handwerkern, die zur Ausübung ihres Gewerbes Lieferwagen benützen, welche des öfters auch für längere Zeit auf der Strasse vor dem Hause des Kunden stehen.

b) Wie oben im allgemeinen Teil(271) beschrieben, ergibt sich die Zweckbestimmung und somit der Normalgebrauch u.a. aus dem Ortsgebrauch. Das führt dazu, dass eine Tätigkeit den Normalgebrauch eines Ortes nicht beeinträchtigt, den davon verschiedenen Normalgebrauch eines anderen Ortes aber stört. So verhält es sich auch bei der

Strassenprostitution: In einem Vergnügungsviertel stört sich fast niemand daran und der Normalgebrauch läuft daneben weitgehend unbeeinträchtigt ab. Anders in einem Wohnquartier: Hier beinhaltet der Gemeingebrauch u.a. in viel weiter gehendem Masse das Spielen von Kindern, das unbehelligte Nachhausegehen in der Nacht und allgemein das Geniessen von Ruhe und das Ungehehlig-Bleiben.

Der so verstandene Gemeingebrauch kann in verschiedener Weise durch die Prostitution gestört werden:

- Eltern lassen ihre Kinder nicht mehr zu jeder Tageszeit auf die Strasse.
- Heimkehrende Fussgänger (-innen) werden durch einschlägige Anfragen belästigt und meiden deshalb das alleinige Umhergehen oder Heimkommen.
- Der Freierverkehr verstopft Quartierstrassen und gefährdet Fussgänger.

In der Praxis des Bg hat dieser Gedanke keinen Eingang gefunden. Zwar heisst es in ZBl 1977, 348:

"Das Bundesgericht hatte sich schon zweimal mit der Zulässigkeit von Vorschriften über die Strassenprostitution zu befassen. Dabei wurde entschieden, dass die Regelung der Strassenprostitution (in der Stadt Zürich bzw. im Kanton Genf), insbesondere das Verbot des Herumstehens Prostituierter zum Kundenfang in der Nähe von Wohnhäusern, Kirchen, Schulen, Spitälern sowie an Haltestellen der Verkehrsbetriebe und in öffentlichen Anlagen, als polizeilich begründete Beschränkung des gesteigerten Gemeingebrauchs Art. 31 BV nicht verletze (BGE 99 Ia 511 Erw. 4b, 101 Ia 481 Erw. 6a = ZBl 77/1976, 223)."

Doch gibt dieses Zitat im vorliegenden Zusammenhang nicht viel her, weil die Betonung wohl ganz klar auf dem polizeilichen Charakter der Einschränkungen liegt. Darauf deutet zweierlei hin:

- Erstens ist von "polizeilich begründeter Beschränkung des gesteigerten Gemeingebrauchs" die Rede. Da mit polizeilicher Begründung auch in den Normalgebrauch eingegriffen werden kann, handelt es sich bei der Erwähnung des gesteigerten Gebrauch höchstens um ein obiter dictum oder sogar um ein Redaktionsversehen, jedenfalls nicht um eine wohlbegründete und bedeutsame Äusserung des Bg.
- Zweitens ist in den vom Bg zitierten Präjudizien nicht von gesteigertem Gemeingebrauch, sondern nur von Polizeimotiven die Rede ("öffentliche Ruhe und Ordnung") (272).

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zufolge von Störungen des Normalgebrauchs die Strassenprostitution an gewissen Orten als gesteigerter Gemeingebrauch anzusehen ist, was von der Praxis des Bundesgerichts allerdings bislang noch nicht aufgezeigt wurde. Eine Gegenüberstellung der Gesichtspunkte von Polizeigüterschutz und gesteigertem Gemeingebrauch ergibt folgendes:

- Die polizeiliche Einschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, ausser in dringenden Fällen und bei schwerer Störung (273). Sie kann zum vollständigen Verbot führen.
- Die öffentlich-sachenrechtliche Einschränkung bedarf keiner substantiierten gesetzlichen Grundlagen und kann auch aus gewissen nicht polizeilichen Motiven erfolgen (274). Es ist aber fraglich, ob sich mit dem Argument des gesteigerten Gemeingebrauchs auch ein völliges Verbot für bestimmte Gebiete rechtfertigen liesse. Der Gemeinverträglichkeit wäre wohl in den meisten Fällen mit gewissen Einschränkungen Genüge getan.

Daraus wird ersichtlich, dass das öffentlich-sachenrechtliche Instrumentarium hier schwächer ist als das polizeiliche und von diesem zumeist gleichsam "verschluckt" wird. Es könnte allenfalls zur Anwendung kommen, wenn keine substantiierte gesetzliche Grundlage vorliegt und eine Einschränkung nicht dringend ist und nicht in einem vollständigen Verbot bestehen soll.

5. SAMMLUNGEN ALLER ART

Die Sammlungen auf dem öffentlichen Grund im Gemeingebrauch können eingeteilt werden in solche von Meinungsäusserungen einerseits und solche von Geld und Naturalgaben anderseits. Die erste Kategorie beinhaltet die Umfragen, die bereits oben 1. behandelt wurden, sowie die Unterschriftensammlungen, welche eine Sonderstellung einnehmen, weil sie durch die Petitionsfreiheit bzw. das Initiativrecht geschützt sind.(275)

Das Bundesgericht hat es bisher offen gelassen, ob das Sammeln von Unterschriften dem gesteierten Gemeingebrauch zuzurechnen sei(276). M.E. verhält es sich gleich wie beim Verkauf von Druckerzeugnissen: Wenn die Sammlung durch Einzelpersonen und ohne Installationen erfolgt, stellt sie einfachen Gemeingebrauch dar(277). Ebenso dürfte es sich mit den Sammlungen von Geld und Naturalgaben verhalten.

Auf kommunaler Ebene stellt sich somit wiederum das Problem der "Sonderzweck" - Generalklauseln. Da es sich um normalen Gemeingebrauch handelt, sollte nicht gestützt auf sie eingegriffen werden, sondern nur bei Vorliegen polizeilicher Gründe.

Im Bereich der Unterschriftensammlungen hat das Bg in den beiden massgebenden Entscheiden Kúpfer und GAP(278) die Einschränkungen denn auch auf Grund von Polizeimotiven gutgeheissen, jedoch mit zu allgemein gehaltenen Formulierungen(279).

Für die Sammlungen von Geld und Naturabgaben gilt dasselbe. Die hier oft vorhandenen kommunalen Spezialerlasse(280) sind richtigerweise polizeilich motiviert. Darauf ist vorliegend nicht näher einzugehen.

6. BLUMENSCHMUCK

Das Aufstellen von Topfpflanzen auf dem öffentlichen Grund wird von den Verordnungen in Zürich und Winterthur verschieden geregelt: Nach Art. 24 Abs. 2 der VBöGS Zch unterliegt es der Bewilligungspflicht. In Winterthur gilt Art. 23 VBöGS, wonach keine Bewilligung eingeholt werden muss, "wenn der Blumenschmuck nicht Teil des Verkaufs- und Ausstellungsgutes ist und verkehrstechnische Gründe nicht dagegen sprechen." Grundsätzlich scheint mir das verkehrstechnische Argument in die richtige Richtung zu weisen. Es kann wohl dem Anstösser zugetraut werden, in "erster Instanz" darüber zu befinden, ob seine Töpfe gemeinverträglich sind oder nicht. Falls sie es nicht sind, können sie schnell wieder weggeräumt werden(281).

Der Fall, dass sie "Teil des Verkaufs- oder Ausstellungsgutes" sind, rechtfertigt hier m.E. eine abweichende Behandlung. Dies nicht deshalb, weil der Zweck ein anderer ist (was ja nach der hier vertretenen Ansicht als Unterscheidungskriterium untauglich ist), sondern vielmehr, weil es sich um eine andere Gebrauchsart, nämlich Verkauf und Ausstellung auf dem öffentlichen Grund handelt. Diese ist in ihrer Gesamtheit betrachtet nicht gemeinverträglich. Deshalb ist es zulässig, hier eine Bewilligungspflicht aufzustellen, beim Hinstellen von Blumen zu rein ästhetischen Zwecken hingegen darauf zu verzichten.

7. STRASSENMALEREI

Wenn mit leicht wegwaschbarer Farbe ein Gemälde auf den Boden gemalt wird, so liegt ebenfalls gesteigerter Gemeingebrauch vor. Dies unabhängig davon, ob rein künstlerische Zwecke verfolgt werden, oder ob ein Sammelgefäß aufgestellt oder herumgereicht wird. Durch das Gemälde wird nämlich ein Teil des Bodens mindestens faktisch unbegehrbar. Ausserdem können sich (im Gegensatz etwa zur Situation beim Blumenschmuck) Ansammlungen bilden, die den Fussgängerverkehr weitergehend behindern. Ein weiterer Unterschied zum Blumenschmuck liegt darin, dass sich dieser an die bestehende Liegenschaft des Schmückers gleichsam "anlehnt" und mit ihr eine Einheit bildet. So behindert er zumindest tendentiell die Passanten weniger als ein zufällig und zumeist durch Ortsunkundige plazierte Gemälde.

Da sich die Qualifikation an der Gebrauchsart als ganzem orientieren muss, rechtfertigt es sich somit, den Blumenschmuck der Anlieger dem einfachen, die Bodenmalerei aber dem gesteigerten Gemeingebrauch zuzuordnen. Es ist allerdings zuzugeben, dass die Unterscheidung hier äusserst subtil ist und sich wohl in beiden Fällen mit guten Gründen auch die gegenteilige Zuordnung vertreten liesse.

Die Frage, ob die Behörde sich bei Eingriffen auf eine generelle Norm stützen können, entscheidet sich danach, ob die Bodenmalerei grundrechtsgeschützt ist. Die Kunstfreiheit wird zwar vom Bg als Teil der Meinungsäusserungsfreiheit anerkannt(282), steht aber in der Rechtspraxis wohl auf ziemlich schwachen und als selbständiges Grundrecht noch auf gar keinen Beinen(283). Wird die Malerei zu Erwerbszwecken betrieben, greift zusätzlich die HGF ein.

Bei Einschränkungen aus polizeilichen oder öffentlich-sachen-

rechtlichen Motiven (bei letzteren ist namentlich an die Ausübung der der Verwaltungsbehörde zustehenden Zweckkonkretisierungsbefugnis zu denken) ist eine generelle Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne nötig. Diese braucht allerdings nicht sehr konkretisiert zu sein, weil der Grundrechtseingriff gering ist und zu detaillierte Regelungen der einzelnen Gebrauchsarten unerwünscht sind.

Erfolgt die Einschränkung hingegen mit Rücksicht auf die Aesthetik oder eine Meinungsäußerung des Bildes, so ist eine formellgesetzliche Norm als Rechtsgrundlage nötig. Als solche genügt dann weder eine allgemeine Polizeiklausel noch eine solche über "Nutzung zu Sonderzwecken", sondern nur eine Bestimmung, die im Hinblick auf erlaubte und verbotene Meinungsäußerungen bzw. ästhetische Gestaltungen konkretisiert ist. Dagegen muss m.E. das Gestaltungsmittel nicht ausdrücklich erwähnt sein; in dieser Hinsicht darf die Norm General-klausel-Charakter haben, z.B. "künstlerische Darbietungen, welche..."(284)

Auch hier ist aber darauf hinzuweisen, dass das Erfordernis einer solchen formell-gesetzlichen Grundlage bisher keinen Eingang in die bundesgerichtliche Rechtsprechung über den gesteigerten Gemeingebrauch gefunden hat.

8. STRASSENCAFES

Bei den Strassencafés oder "Trottoirrestaurants"(285) handelt es sich um einen klassischen Fall gesteigerten Gemeingebrauchs.(286) Die Grenze zur Sondernutzung liegt wohl da, wo die Einrichtung ganzjährig bestehen bleibt, was in unseren Breitengraden kaum vorkommen dürfte. Die genaue Abgrenzung wird vom kantonalen Recht vorgenommen. Als gewerbliche Tätigkeit fällt das Betreiben einer Gastwirtschaft auf öffentlichem Grund unter den Schutz der HGF.(287) Zusätzlich zu den sich aus der Qualifikation als gesteigerter Gemeingebrauch ergebenden Beschränkungsmöglichkeiten bestehen hier die spezifischen Regelungen für das Gastwirtschaftsgewerbe. In den Bewilligungen werden beide Aspekte vermischt auftreten.

Zulässige Verweigerungs- und Beschränkungsgründe sind auch hier solche verkehrstechnischer Art und die Zweckkonkretisierung, ebenso natürlich solche polizeilicher Art wie Bodenreinigung, Gefährdung der Sicherheit, Ruhe und Ordnung usw.

Die Winterthurer Behörden üben die Praxis, die schriftliche Zustimmung der Nachbarn zu verlangen. Natürlich ist diese keine Voraussetzung für die Erteilung einer verwaltungsrechtlichen Bewilligung. Die Zustimmung ist aber ein zumindest vorläufiger Verzicht auf die Geltendmachung nachbarrechtlicher Ansprüche (aus dem ZGB) und ihre Einholung somit eine Vorsichtsmassnahme, die geeignet ist, Umtriebe zu vermeiden.

9. PARKIEREN

9.1. Abgrenzungen

Unter dem Begriff "Parkieren"(288) werden Formen des Abstellens von Fahrzeugen zusammengefasst, die einfacher, gesteigerter Gemeingebrauch und auch Sondernutzung sein können.

Zum einfachen Gemeingebrauch zählt nach herrschender Lehre(289) und Rechtsprechung(290) das kurzzeitige Parkieren auf der öffentlichen Strasse, da es üblicherweise ihrem Zweck entspricht. Nicht gemeinverträglich ist das kurzzeitige Parkieren aber auf Strassen, die nach Gesetz oder Ortsgebrauch nur dem rollenden Verkehr dienen sollen, so z.B. auf einer Autobahn oder auf einer schmalen einspurigen Strasse ohne Ausweichmöglichkeit. Diese Fälle brauchen aber auch unter dem Aspekt des gesteigerten Gemeingebrauchs nicht behandelt zu werden, da das Parkieren sowie so aus polizeilichen Gründen verboten ist.

Die Qualifikation als einfacher Gemeingebrauch bedeutet u.a., dass Einschränkungen nur aus polizeilichen Motiven (gemäss SVG) erfolgen dürfen. Diese Fragen müssen hier aber nicht behandelt werden, ebensowenig die Fälle, wo Sondernutzung vorliegt, was bei dauernder Reservation denkbar wäre. Dazwischen liegen die näher zu betrachtenden Fälle, in denen das Parkieren gesteigerten Gemeingebrauch darstellt.

9.2. Dauerparkieren

Die Rechtspraxis betrachtet regelmässiges längerdauerndes Parkieren als gesteigerten Gemeingebrauch:

- In Winterthur gibt es eine "Verordnung der Stadt Winterthur betr. das nächtliche Dauerparkieren auf öffentlichem Grund (gesteigerter Gemeingebrauch)" vom 31.5.1965.

- BGE 89 I 539:

"... im Gegensatz zum Parkieren während der halb- oder ganztägigen Arbeitszeit oder während der ganzen Nacht, für das die öffentlichen Strassen so wenig bestimmt sind wie für die Aufstellung von Wagen zum Warenverkauf... Bis zu welcher Dauer das Parkieren von Motorfahrzeugen allgemein und insbesondere im Inneren grösserer Städte noch zum Verkehr gehört, ist hier nicht zu untersuchen."

- In BGE 108 Ia 113 f. wird kommentarlos davon ausgegangen, dass das Tages- und das Nachtdauerparkieren gesteigerter Gemeingebrauch sind.
- "Heute dürfte sich die Auffassung durchgesetzt haben, dass das überdurchschnittlich lange Parkieren eines Motorfahrzeugs auf dem öffentlichen Grund als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizieren ist."(291)

Demgegenüber wurde offenbar im Jahre 1955 das nächtliche Dauerparkieren grundsätzlich noch als Normalgebrauch betrachtet:

"En revanche, lorsque le particulier utilise la chaussée pour y faire stationner son véhicule à des fins privées, parce qu'il se trouve par exemple à son domicile pour y prendre un repas ou y passer la nuit, dans un magasin pour y faire des achats personnels ou dans un établissement pour y prendre une consommation, il ne dépasse pas l'usage commun, tout au moins lorsqu'il n'excède pas certaines limites."(292)

In die gegenteilige Richtung weist eine noch ältere Entscheidung des Obergerichts Zürich:

"Der Polizeirichter der Stadt Zürich büsste L., weil dieser sein Personenautomobil regelmässig zur Nachtzeit auf öffentlicher Strasse vor seinem Haus parkiert hatte... Die Bussenverfügung stützt sich auf Art. 25 der Vorschriften über die Strassen- und Verkehrspolizei vom 4. Januar 1913 und Art. 6 der Vorschriften über die Verkehrspolizei vom 14. September 1927. Nach diesen Bestimmungen, die inhaltlich im wesentlichen gleich lauten, dürfen Fahrzeuge auf öffentlichen Strassen und Plätzen nicht länger stehen gelassen werden, als es das billig bemess-

sene Bedürfnis erfordert."(293)

Das "Garagieren" wurde in der Folge als das nach dem billig bemessenen Bedürfnis Erforderliche übersteigend bezeichnet, d.h. das nächtliche Dauerparkieren auf öffentlichem Grund war damals in Zürich verboten.

Heute gilt wie beschrieben die vermittelnde Regelung, dass gesteigerter Gemeingebrauch vorliegt(294), der grundsätzlich erlaubt ist, aber aus polizeilichen und öffentlich-sachenrechtlichen Gründen eingeschränkt werden kann.

Da keine besonderen Grundrechte betroffen sind(295), genügt für diese Einschränkung die Zuständigkeit der verfügenden Behörde zur Aufsicht über den öffentlichen Grund. Um der Rechtsgleichheit genüge zu tun, empfiehlt sich aber sicher der Erlass einer Verordnung oder eines Gemeindereglementes. Dieses darf aber nur öffentliche Interessen verfolgen und muss dem Gebot der Rechtsgleichheit folgen.

9.3. Parkieren zu gewerblichen Zwecken

Nach der in dieser Arbeit vertretenen(296) und durch die Bundesgerichtspraxis m.E. gestützten Ansicht genügt das Vorliegen eines gewerblichen Zwecks nicht für die Annahme gesteigerten Gemeingebrauchs.(297) Dies gilt auch im Bereiche des Parkierens von Fahrzeugen. Als Beispiele von gewerblichem Parkieren, das (weil gemeinverträglich) dem einfachen Gemeingebrauche zuzurechnen ist, lassen sich anführen:

- Der Arzt parkiert vor dem Haus des Patienten.
- Ein Monteur bringt eine Maschine und setzt sie in mehrstündiger Arbeit zusammen, während sein Lieferwagen auf

öffentlichem Grund parkiert ist.

- Ein Vertreter parkiert während des Verkaufsgesprächs vor dem Haus des Kunden.
- Ein Reporter parkiert am Ort des Geschehens.

Es liessen sich noch viele solche Beispiele finden. Ihnen ist gemeinsam, dass sie Einzelfahrzeuge betreffen, dass der Parkierungsort ständig wechselt und dass sie unregelmässig erfolgen. Deshalb sind sie genauso gemeinverträglich wie die entsprechenden Parkierbewegungen zu nichtgewerblichen Zwecken.

Andere "gewerbliche Parkierer" üben dagegen gesteigerten Gemeingebrauch aus:

- Dem Taxiwesen ist ein eigenes Kapitel gewidmet, s. unten 11.
- Die Verkaufswagen z.B. der Migros.
- Ein Lagerhallenhalter hatte aus der Wand seiner Halle eine Tür hinausgebrochen, die direkt an einen öffentlichen Parkplatz grenzte und wollte von dort aus Lagergut ein- und ausladen. Der Regierungsrat des Kt. Luzern bejahte das Vorliegen von gesteigertem Gemeingebrauch einerseits mit der (unrichtigen) Begründung, es liege eine gewerbliche Nutzung der Strasse vor und eine solche könne nicht einfacher Gemeingebrauch sein. Andererseits äusserte er sich aber auch in sehr zutreffender Weise über die Gemeinverträglichkeit:

"Die rückwärtige Wand des Lagergebäudes steht unmittelbar an der Grenze der Parzelle Nr. 389. Die Erschliessung und damit der Warenumschlag erfolgen direkt vom öffentlichen Parkplatz auf dieser Parzelle aus...

Der öffentliche Parkplatz auf Parzelle Nr. 389 steht im Gemeindegebrauch...

Der Parkplatz ist nach seiner Ausgestaltung den VSS-Normen entsprechend für das Abstellen von Personenwagen bestimmt (Parkfeldlänge 5,25 m, Parkfeldbreite 2,65 m). Selbst wenn für die Anlieferung regelmässig nur ein Lieferwagen Marke Saurer OM (Breite 2,0 m, Gesamtlänge 5,7 m) verwendet wird, wie der Beschwerdeführer behauptet, widerspricht diese Nutzung der Eignung des Parkplatzes, da ein solcher Wagen schon von der Länge her in einem Parkfeld keinen Platz findet. Überdies wird dadurch und durch die regelmässige Beanspruchung die Benützung des Parkplatzes durch andere Personen behindert. Dadurch widerspricht diese Nutzung auch dem Erfordernis der Gemeinverträglichkeit und kann nicht mehr als Gemeindegebrauch gelten."(298)

- Ein Autovermieter, der die nichtvermieteten Wagen irgendwo verstreut auf dem öffentlichen Grund abstellt, handelt ebenfalls nicht gemeinverträglich. So bestätigte das Obergericht Zürich(299) im Jahre 1930 eine Busse gegen einen Fahrer von "sog. Hofwagen d.h. Wagen, mit denen auf Bestellung Mietfahrten ausgeführt werden" und die sich von den "Droschken" (heute Taxis) in verschiedener Weise unterschieden. Er hatte während genau 100 Minuten seinen Hofwagen auf öffentlichem Grund stationiert, um auf weitere Aufträge zu warten. Dies mag als Einzelfall heute zu streng erscheinen. Wenn aber ein Betrieb mehrere Mietwagen hat und diese regelmässig, wenn auch an unterschiedlichen Orten und zu unterschiedlichen Zeiten auf öffentlichem Grund stationiert, so ist dies in seiner Gesamtheit sicher gesteigerter Gemeindegebrauch.
- Ein ähnlicher Fall wurde in ebenfalls heute noch gültiger Weise im Jahre 1950 beurteilt(300). Ein Händler pflegte zwei "Lastwagenchassis" (damit waren wohl ganze Lastwagen gemeint) auf dem öffentlichen Grund vor seiner Garage aufzustellen, weil er zuwenig Platz hatte sowie zwecks Vorzeigens und Vorführens an Interessenten. Das Obergericht Zürich und das Bg betrachteten dies als gesteigerten Gemeindegebrauch. Von den obenerwähnten gemein-

verträglichen Benützungsarten wurde der zu beurteilende Gebrauch dadurch abgegrenzt, dass er nicht zum durch das MFG geordneten "Verkehr" gehöre.

Dies dürfte sich weitgehend mit dem Kriterium der Gemeinverträglichkeit decken. Das regelmässige Aufstellen von zwei Lastwagen vor dem Haus kann nicht jedermann in gleicher Weise zugestanden werden, ohne dass Störungen auftreten.

9.4. Parkieren in Verkehrszentren und Kernzonen

Die Hoheit über die öffentlichen Strassen(301) ist zwischen Bund und Kantonen geteilt. Das SVG nimmt in den Art. 2 und 3 die Kompetenzausscheidung vor. Dabei wird unterschieden zwischen

- a) dem vollständigen oder zeitlichen Fahrverbot auf Nichtdurchgangsstrassen (SVG 3 Abs. 3)
- b) anderen Beschränkungen oder Anordnungen (SVG 3 Abs. 4)

Wenn die Voraussetzungen von SVG 3 Abs. 3 (vorliegen einer Nichtdurchgangsstrasse und Verbot von Motorfahrzeug- oder Fahrradverkehr) erfüllt sind, bestehen weitgehende Einschränkungsmöglichkeiten, weil alle öffentlichen Interessen als Einschränkungsmotive zugelassen sind.(302)

Schwieriger ist die Lage im Bereich von SVG 3 Abs. 4, also bei Verkehrsbeschränkungen, die entweder "Durchgangsstrassen" betreffen oder "funktioneller Art" sind, d.h. nicht in vollständigen oder zeitlichen Fahrverboten bestehen.

Bis vor etwa zehn Jahren gab es eine klare Unterscheidung zwischen Strassen, die dem Gemeingebrauch gewidmet waren, und nur rein polizeilichen Beschränkungen gemäss Art. 3

SVG unterworfen werden durften, und anderen, die nicht im Gemeindegebrauch standen(303). So heisst es noch in Pra 63, S 443:

"Die Reservierung von Parkplätzen zugunsten eines bestimmten Personenkreises unter Ausschluss der übrigen Strassenbenützer ist insoweit gesetzwidrig, als nicht dargetan ist, dass sie notwendig ist, um die Sicherheit der Flüssigkeit des Verkehrs zu gewährleisten oder dessen Regelung zu erleichtern (SVG 3 IV; BGE 98 IV 262, 264 = Pr 62 Nr. 29,30)."

Dann aber liess das Bg auch andere öffentliche Interessen als Begründung für Verkehrsbeschränkungen nach SVG 3 Abs. 4 zu:

"Die Rechtsprechung zu SVG 3 IV ist dahin zu präzisieren, dass die kant. Behörden Anordnungen nicht nur im Interesse der Sicherheit, Flüssigkeit oder Regelung des Verkehrs, nicht nur zum Schutze der Strasse treffen können, sondern auch zu Wahrung anderer Güter oder Interessen, deren Bedeutung nach den gegebenen örtlichen Verhältnissen diejenigen des blossen Verkehrs so überwiegt, das sich ihr Schutz durch Verkehrsbeschränkungen aufdrängt, immer unter dem Vorbehalt der Verhältnismässigkeit (a SSV 82 I, n SSV 107 V)."(304)

Im Jahre 1984 wurde der Art. 3 Abs. 4 SVG dahingehend geändert, dass explizit auf die Zulässigkeit von Umweltschutzmassnahmen und von Verkehrsbeschränkungen in Wohnquartieren hingewiesen wird.

Die zentrale Frage, die sich aus der zuletzt zitierten Pra-Stelle ergibt, lautet: Was ist unter "andere Güter oder Interessen" zu verstehen? Oder auf den Gesetzestext bezogen: welche "anderen in den örtlichen Verhältnissen liegenden Gründe" können Verkehrsbeschränkungen rechtfertigen? Die bundesrätliche Stellungnahme(305) ist etwas verwirrend. Einerseits heisst es da betreffend "andere in den örtlichen Verhältnissen liegende Gründe":

"Mit dieser weitsichtigen Formulierung lässt der Bundesgesetzgeber den Kantonen und Gemeinden einen grossen Ermessensspielraum, öffentliche Interessen verschiedenster Art zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung hat bereits erkannt, dass Gründe des Umweltschutzes, insbesondere der Schutz vor Lärm- und Abgaseinwirkungen, wenn ganz spezifische örtliche

Verhältnisse dies erfordern (z.B. Spitäler, Kurorte), als gleichrangige Voraussetzungen wie die rein verkehrspolizeilichen anzusehen sind (Entscheid des Bundesrates vom 13. Februar 1974 in VPB 39.33). Dies gilt auch für die einen öffentlichen Zweck erfüllenden raumplanerischen Interessen (BGE 102 Ia 115 ff.) und generell für gegenüber dem Strassenverkehr höherrangige Interessen, deren Schutz sich in einer bestimmten örtlichen Situation aufdrängt (BGE 106 IV 201)."(306)

Weiter unten (S. 810) heisst es jedoch:

"In unserem Vorschlag zu einem neuen Absatz 4 von Art. 3 SVG werden die raum- und städteplanerischen Gründe nicht ausdrücklich erwähnt, weil darunter konkret nur Verkehrsmassnahmen zur Erhöhung der Verkehrssicherheit oder zur Herabsetzung des Lärms und der Luftverschmutzung in Betracht fallen können."

Diese Aeusserung könnte dazu führen, dass die Art der als Beschränkungsmotiv zulässigen öffentlichen Interessen oder aber die zulässigerweise zu treffenden Anordnungen beschränkt würden. So schreibt der Stadthalter des Bezirks Winterthur in einem nichtveröffentlichten Rechtsmittelentscheid betr. autofreie Altstadt vom 4.10.1984:

"Als Motive für die umstrittenen Verkehrsanordnungen nennt der Stadtrat in seiner Vernehmlassung:

- a) Verbesserung des Verkehrs
- b) Schutz der Umwelt
- c) Erhalt der historischen Stadtstruktur
- d) Förderung geistig-sozialer Bezüge
- e) Stärkung der Freizeitfunktion

Nach dem vorstehend Dargelegten können sich die verfügbaren Verkehrsanordnungen, auch bei extensiver Auslegung, nicht auf Art. 3 Abs. 4 SVG abstützen, handelt es sich dabei doch um grundlegende planerische, politische und rechtliche Neuordnungen und nicht lediglich um polizeiliche Massnahmen im weitesten Sinne."(307)

Meines Erachtens verdient die gegenteilige Auffassung aus folgenden Gründen den Vorzug:

- Erstens ergibt sich dies aus dem zit. BGE in Pra 1980, 716 und scheint es auch dem Bundesrat wünschenswert. (308)
- Zweitens beziehen sich die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft(309) auf die Aenderung betreffend Wohnquartiere und zielen wohl darauf ab, dass nicht ganze Quartierplanungen unter dem Segel von SVG 3. Abs. 4. abgewickelt werden, sondern dass dafür das Raumplanungsrecht mit seinem geeigneteren Instrumentarium Anwendung findet.
- Drittens entspricht die Zulassung beliebiger öffentlicher Interessen der föderalistischen Entscheidungsstruktur als einem grundlegenden, aber gefährdeten Prinzip unseres Staates.(310)
- Schliesslich liegt die ratio legis von Art. 3 SVG wohl darin, ein landesweites Strassennetz frei von regionalen Hindernissen zu gewährleisten. Dieses Ziel wird aber durch die Zulassung weiterer Einschränkungsmotive nicht gefährdet, da die Beschränkungen dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterliegen, wie das Bg betont, und folglich die "anderen in den örtlichen Verhältnissen liegenden Gründe" mit dem Interesse des Durchgangsverkehrs abzuwägen sind.

Diese soeben begründete Konzeption bewirkt folgendes: Es gibt nicht mehr nur eine starre Zweiteilung in Gemeindegebrauchsstrassen (in deren Gebiet die Abgrenzung von einfachem und gesteigertem Gemeindegebrauch durch das SVG erfolgt) und anderen, die nicht im Gemeindegebrauch stehen. Vielmehr kann nun der kantonale(311) Gesetzgeber im Rahmen von SVG 3 Abs. 4 mittels gezielten Verkehrsbeschränkungen jeder Strasse eine individuelle Widmung geben, nach der sich bestimmt, was einfacher und was gesteigerter Gemeinde-

brauch ist.(312)

Beispiele solcher abgestufter Widmungen wären:

- Zulassung nur des Fahrradverkehrs
- Beschränkung auf Güterumschlag
- Geschwindigkeitsbeschränkungen
- Parkordnung usw.

Das Wesentliche daran ist, dass diese Massnahmen auch ohne Vorliegen von polizeilichen Motiven im weitesten Sinne erfolgen können. Alles, was den so definierten Gemeingebrauch stört, ist gesteigert und kann bewilligungspflichtig erklärt oder verboten werden.

Fragen aufwerfen kann die beschriebene Lösung im Zusammenhang mit der Zuständigkeit, wenn z.B. in einer Gemeinde die Raumplanung und die verkehrstechnischen Massnahmen nicht in die gleiche Kompetenz fallen. U.U. wären Massnahmen der vorgeschlagenen Art schon eher als raumplanerisch zu betrachten, doch muss wohl auf das Ausmass im Einzelfall und auf die Eigenart der anwendbaren Zuständigkeitsordnung abgestellt werden.

Schliesslich ist noch ein letzter Vorteil dieser Lösung zu beschreiben, der sich an den Vorgängen in der Stadt Winterthur in den letzten Jahren schön zeigt. Wenn nämlich der Handlungsspielraum der Ortsbehörden zu sehr eingeschränkt wird, kann dies zu einem Konflikt zwischen dem demokratischen und dem föderalistischen Prinzip einerseits und dem SVG anderseits führen.(313)

Das äusserte sich in der unbefriedigenden Situation, dass

in verschiedenen Initiativen und Referenden der Volkswille zu Verkehrsbeschränkungen deutlich wurde, der Erlass entsprechender konkreter Massnahmen aber immer angefochten wurde und bei enger Auslegung von SVG 3 Abs. 4 auch verhindert werden konnte.(314) Dabei entsprachen die Ziele der Gegner (Schutz des Fahrzeugzugangs zu ihren Geschäften) wohl nicht der Zielrichtung des SVG, das nur grossräumige Verkehrsinteressen (315) sowie den Polizeigüterschutz im Auge hat.

Wenn die Behörden nun Verkehrsbeschränkungen auch aus raumplanerischen Gründen vornehmen dürften, so könnten sie dadurch dem Volkswillen nachkommen, bzw. allfällige Rechtsmittel würden aufgrund einer sachgemässen Interessenabwägung entschieden.

Die Möglichkeit solcher Beschränkungen ist nach dem Gesagten überall gegeben, dürfte aber in den Kernzonen von besonderer Aktualität sein, da dort (abgesehen von den Wohngebieten) die stärkste Ballung von "anderen öffentlichen Interessen" herrscht, während ausserhalb solcher Zentren in der Regel das Interesse des Durchgangsverkehrs überwiegen wird.

De lege ferenda ist die Bemerkung zu machen, dass der Art. 3 SVG besser gefasst werden sollte.(316) Es wäre zu unterscheiden zwischen:

- Durchgangsstrassen, auf denen das SVG herrscht und die nur diesem unterworfen oder entwidmet werden können und
- Nichtdurchgangsstrassen, auf denen die beschriebene flexible Lösung Platz greift.

10. DIE RECHTSSTELLUNG DER ANRAINER

Grundsätzlich gilt, dass die Anrainer eines öffentlichen Grundstückes im Gemeingebrauch bezüglich dessen Benutzung keine bessere Rechtsstellung haben als der "quivis ex populo"(317). Zwar wird dieser Grundsatz gelegentlich durchbrochen(318), aber nicht in der Richtung, dass der Anstösser ein besseres Recht auf gesteigerten Gebrauch geniessen würde. Wo aber die Benützung durch den Anstösser nicht die Intensität gesteigerten Gebrauchs erreicht, kann er sie frei ausüben, auch wenn sein Gemeingebrauch intensiver ist als der eines Dritten(319). Im folgenden gelangen beispielhaft einige typische Fälle von gesteigertem Gemeingebrauch durch Anrainer zur Betrachtung.

10.1. Verkauf direkt auf den öffentlichen Grund hinaus

Von einem Schalter, Fenster, Stand oder einer ähnlichen auf privatem Grund stehenden Einrichtung aus wird direkt auf den im Gemeingebrauch stehenden öffentlichen Grund hinaus etwas verkauft. M.E. handelt es sich hier um einen ausgesprochenen Grenzfall. Normalgebrauch dürfte dann vorliegen, wenn keine Einrichtungen (z.B. Auslage, Zeitungsständer) auf dem öffentlichen Grund errichtet werden und wenn die betroffene Strasse genügend Platz bietet und von ihrer Gestaltung und vom Ortsgebrauch her für den Zweck geeignet erscheint, z.B. eine Fussgängerzone oder ein Bahnhofplatz. Ausserdem müssen sich Umfang und Sortiment der verkauften Ware in bescheidenen Grenzen halten.

Als den einfachen Gemeingebrauch nicht überschreitend können daher bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen etwa gelten:

- ein "Schalter" mit Wurstverkauf und ev. kleinen mitnehmbaren Imbissen

- ein kleiner Kiosk
- ein Soft-Ice-Automat (mit Bedienung)
- eine Auskunftsstelle

Demgegenüber liegt wohl gesteigerter Gebrauch vor, wenn eine der nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- Speziell errichtete Einrichtungen stehen auf dem öffentlichen Grund oder ragen auf diesen hinaus (z.B. Vordach).
- Der Normalverkehr wird durch kaufende Personen gestört, weil die Strasse schmal ist oder sehr dicht begangen wird.
- Die Art des Verkaufs lässt eine grössere Anzahl wartender oder aussuchender Leute erwarten, z.B. häufige Bildung einer Schlange oder einer Ansammlung.
- Die Art der angebotenen Ware bringt ein Verweilen mit sich, z.B. Getränkeverkauf in Bechern.

Somit erweist sich die in Art. 11c der VBöGS Winterthur enthaltene Bestimmung, wonach "Verkaufshandlungen ab privatem Grund direkt auf den öffentlichen Grund hinaus" der Bewilligungspflicht unterliegen, wohl als zu undifferenziert. Vielmehr sollte nur dann eine Bewilligung verlangt werden, wenn eine der genannten Arten gesteigerten Gebrauchs vorliegt.

10.2. Zu- und Wegfahrt

Der Normalgebrauch an einer Strasse besteht bekanntlich

darin, darauf zu fahren, wozu auch das Einfahren in dieselbe und ihr Verlassen zählen(320). Diese Zu- und Wegfahrt kann intensiver oder störend werden, wenn die Strasse dazu nicht geeignet ist (z.B. infolge hoher Geschwindigkeit des Verkehrs an der betroffenen Stelle) oder wenn infolge einer bestimmten (z.B. gewerblichen) Nutzung des Anliegergrundstücks die Zu- und Wegfahrten häufig sind. Denkbar wäre auch eine Beeinträchtigung des Normalgebrauchs durch die besondere Art der zu- und wegfahrenden Fahrzeuge. Es fragt sich daher, ob in bestimmten Fällen gesteigerter Gemeingebrauch vorliege.

- Imboden/Rhinow(321) sind (unter Berufung auf einen Berner Entscheid) der Meinung, gesteigerter Gemeingebrauch liege vor, wenn eine "erhebliche Verkehrsgefährdung" bewirkt werde. Dann könne ein Anschluss "aus strassenpolizeilichen Gründen aufgehoben" werden. Dies zeigt deutlich, dass hier die sachenrechtlichen und die polizeilichen Erwägungen zusammenfliessen: Für die Beurteilung der Gemeinverträglichkeit dienen dieselben Kriterien wie für diejenigen der Polizeigütergefährdung. Das kommt wohl daher, dass im Strassenverkehr eine Störung des Gemeingebrauchs wegen der Geschwindigkeiten, der Wucht und Masse usw. eines Autos auch fast immer eine Gefahr für polizeiliche Güter darstellt. Trotzdem sollte die logische Trennung aufrechterhalten werden: Die Befugnis, einen Anschluss aus strassenpolizeilichen Gründen aufzuheben, ergibt sich aus der Polizeigütergefährdung und nicht aus der Qualifikation als gesteigerter Gemeingebrauch!
- Auch Wicki(322) grenzt den Gemeingebrauch mit Kriterien der Polizeigütergefährdung ab.
- Das Bg beschäftigte sich in BGE 83 I 145 mit der Frage, ob der Betrieb einer Tankstelle eine gesteigerte Benüt-

zung des angrenzenden öffentlichen Grundes und Bodens mit sich ziehe. Es bestätigte den Grundsatz, dass die Zu- und Wegfahrt i.d.R. zum Gemeingebrauch gehöre. Dann wurde angedeutet, dass für intensivierte Formen eine Differenzierung nötig sein könnte, diese aber nicht vorgenommen und die Frage offengelassen. Das Bg ging nämlich richtigerweise davon aus, dass die Beschränkung sowieso aus polizeilichen Gründen erfolgen könne, aus welchen sich ja auch der Normalgebrauch durch die Verwaltungsbehörde einschränken lässt.

Demnach ergibt sich, dass die Frage der Qualifikation derartiger Nutzungen weitgehend entschärft wird dadurch, dass die nötigen Einschränkungen fast immer auf polizeilicher Basis getroffen werden können.

Dennoch sollte im Auge behalten werden, dass die beiden Erscheinungen nicht deckungsgleich sind. Nicht jede Gefährdung von Polizeigütern berechtigt zur Annahme von gesteigertem Gemeingebrauch und umgekehrt kann solcher auch vorliegen, wenn ein Einschreiten aus polizeilichen Gründen unzulässig wäre. So wird allgemein das Dauerparkieren(323) als gesteigerter Gemeingebrauch angesehen, obwohl keine Polizeigüter gefährdet sind. Allerdings ist zur Zeit unklar, wer genau den Gemeingebrauch an den öffentlichen Strassen zu definieren hat. Dies hängt, wie oben 9.4. ausführlich beschrieben, von der Auslegung des Art 3 Abs. 4 SVG ab. Angesichts dieser Unklarheit müssen zwei Gruppen von "gesteigerten" Formen der Zu- und Wegfahrt ohne Polizeigütergefährdung gebildet werden:

- a) Die Gebrauchsarten einer ersten Gruppe sind dadurch gekennzeichnet, dass die in einem unüblichen Mass durch irgend eine besondere Eigenschaft den Normalgebrauch be- oder verhindern, entsprechend dem Dauerparkieren, wo das dem Gemeingebrauch zugehörige Kurzzeit-

parkieren behindert wird. Solche Tätigkeiten sind m.E. jedenfalls dem gesteigerten Gemeindegebrauch zuzurechnen. Dazu gehören etwa:

- Die Ueberlastung einer Strasse, etwa wenn sich öfters Wartenschlangen auf ihr bilden.
- Die regelmässige und starke Verschmutzung z.B. durch eine Kiesegrubenausfahrt.
- Das regelmässige und den Belag schädigende Ein- und Ausfahren mit Raupenfahrzeugen.

b) Die zweite Gruppe umfasst Zufahrten, die nicht den durch das SVG umschriebenen Normalgebrauch (Fahren und Kurzzeitparkieren) behindern, aber anderen öffentlichen Interessen widersprechen. Hier kommt es dann darauf an, ob wie oben 9.4. vertreten, die kantonale bzw. kommunale Behörde befugt ist, für gewisse Strassen eigenständige, individuelle Widmungen zu schaffen oder nicht. Ist dies der Fall, so könnte z.B. auf einer nur dem (Privat-) Anwohnerverkehr gewidmeten Strasse die Erstellung der Zufahrt eines Gewerbebetriebes als gesteigerter Gemeindegebrauch angesehen und gestützt darauf beschränkt werden (z.B. Lastwagenverbot). Allerdings dürften in diesem Zusammenhang eher die Auswirkungen des Befahrens selbst ausschlaggebend sein als diejenigen des Abzweigens und Einbiegens.

10.3. Baumaterialien und -installationen

Im Bau-Reglement für die Stadt Bern(324) steht zu lesen:(325)

"Unserm Bauamt soll obliegen, Aufsicht zu haben, und zu verschaffen, dass die offenen Plätze und Gassen der Stadt mit Baumateria-

lien oder unnötigem Abbruch, nicht versperrt oder unanständig über stellt, sondern von dergleichen, wie auch Scherm-Hütten, Aufzügen, Steinen, Baumholz, Abbruch u. in Summa alles was zu dem Bauen gehört, zu rechter Zeit geraumet, damit Sicherheit, Anständigkeit und Reinlichkeit bestens erhalten werde."

Das moderne Pendant dazu findet sich in § 231 des Zürcher PBG(326), wonach es für die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes zu privaten Zwecken einer Konzession oder Bewilligung bedarf.

Die Benutzung des an eine Baustelle angrenzenden öffentlichen Grundes im Gemeingebrauch durch den Bauenden kann wohl alle drei Formen der Strassenbenützung annehmen.

a) Normalgebrauch liegt vor, wenn die Benützung gemeinverträglich ist wie zum Beispiel:

- das Zu- und Wegfahren, auch mit Lastwagen(327)
- das kurzzeitige Anhalten zum Zwecke des Auf- oder Abladens
- In älteren Publikationen wird vertreten, auch das kurzfristige Lagern von Holz und Baumaterialien gehöre dem Normalgebrauch an(328), was heute zumindest in städtischen Verhältnissen zweifelhaft sein dürfte.
- das gelegentliche Ausschwenken eines Krans über den öffentlichen Grund

b) Gesteigerter Gemeingebrauch liegt dort vor, wo es an der Gemeinverträglichkeit fehlt. Dies ist der Fall bei allen längerdauernden Belegungen, namentlich für Bauinstallationen wie Gerüste, Krane u.ä. sowie für Ablagerungen von Holz, Backsteinen usw. Dass der Gebrauch

gesteigert ist, äussert sich vor allem darin, dass eine Gebühr erhoben wird(329). Schwierig zu beantworten ist hier die Frage nach dem Grundrechtsschutz:

- Die Eigentumsfreiheit als Bestandesgarantie schützt vor hoheitlichen Verwaltungsanordnungen, die sich für den Grundeigentümer als öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen auswirken(330). Die Verweigerung der Bewilligung für die Benützung des öffentlichen Grundes dürfte relativ selten eine solche Beschränkung bedeuten, da wohl zumeist auf andere (teuere) Weise vorgegangen werden kann als mittels Benützung des öffentlichen Grundes. Immerhin sind Fälle denkbar, wo ein Bauvorhaben nur unter gesteigerter Benützung des öffentlichen Grundes ausgeführt werden kann. Wenn sich das Verbot der Benutzung im Lichte der Rechtsprechung zur materiellen Enteignung (331) als enteignungsähnliche Beschränkung auswirkt, indem eine angemessene Nutzung (d.h. Ueberbauung) eines in der Bauzone gelegenen Grundstücks verunmöglicht wird, so muss die entsprechende gesteigerte Benützung den Schutz der Eigentumsgarantie geniessen.

Falls die Beschränkung (gestützt auf das Vorliegen von gesteigertem Gemeingebrauch) ohne substantiierte gesetzliche Grundlage auferlegt wird, genügt nicht wie dies sonst bei Einschränkungen der Eigentumsgarantie der Fall ist(332), jedes öffentliche Interesse zur Rechtfertigung der Einschränkung, sondern nur ein öffentlich-sachenrechtliches Motiv (oben AT 5.2.2.).

- Die Eigentumsgarantie als Wertgarantie hilft nicht viel, weil die Nichtbewilligung der Benützung öffentlichen Grundes kaum je mehr als die Auswirkung einer entschädigungslos zu duldenden öffentlich-rechtlichen

Eigentumsbeschränkung beinhalten wird.

- Fragen könnte man sich noch, ob sich allenfalls der Bauunternehmer oder der Gerüstenvermieter auf die HGF berufen könne. Das Bg scheint aber einer derart weiten Ausdehnung der HGF m.E. zu Recht eher kritisch gegenüberzustehen(333).
- Die Rechtsgleichheit hat im Bereiche des Raumplanungsrechts eine abgeschwächte Bedeutung(334). Falls sich eine Beschränkung aus planerischen Motiven ergibt, ist demnach unter Umständen eine Ungleichbehandlung von Gleichem zulässig.

Der Schutz des von einer Nichtbewilligung Betroffenen bleibt somit in vielen Fällen auf das Willkürverbot beschränkt.

c) Sondernutzung liegt dann vor, wenn eine Einrichtung auch nach Ende der Bautätigkeit bestehen bleibt. Als Beispiel dafür sind zu nennen:

- das Verlegen von privaten Leitungen auf öffentlichen Grund(335)
- die Erstellung von Trottoirüberfahrtsrampen(335)
- Feuertreppen(336)

11. BENÜTZUNG DES ÖFFENTLICHEN GRUNDES DURCH TAXIFAHRZEUGE

Der Betrieb eines Taxis beinhaltet zunächst die Ausübung normalen Gemeindegebrauchs an den Strassen. Dazu gehört das Herumfahren und das Anhalten zum Ein- und Aussteigen lassen. Gesteigerter Gemeindegebrauch liegt vor, wenn die Taxis die Bewilligung bekommen, nicht dem Autoverkehr als Gemeindegebrauch gewidmete Strassen (z.B. Fussgängerzonen) zu befahren, ebenso, wenn Taxihalter "ihre Fahrzeuge ausserhalb einer bestimmten Kernzone auf den (nicht für Taxis reservierten) öffentlichen Parkflächen zur Kundenwerbung aufstellen dürfen".(337) Die herrschende Praxis und Lehre(338) nimmt auch bei fest reservierten Standplätzen gesteigerten Gemeindegebrauch an. Nur ganz vereinzelt ist diesbezüglich von Sondernutzung die Rede(339). So erwähnt Fleiner-Gerster(340) unter diesem Titel die "Einrichtung eines Taxistandes", was nicht klarstellt, ob er nur Sondernutzung annehmen will, wenn irgendwelche baulichen Einrichtungen erstellt werden.

In ZBl 1953, 114 f. betreffend Taxistandplatzbewilligungen (die "Konzessionen" genannt werden) heisst es über die Situation im Basler Recht:

"Wenn mit Recht gesagt wird, es bestehe kein Anspruch auf Zulassung, so bedeutet das nicht auch, dass einem Privaten überhaupt kein Anspruch auf Benützung von Strassenboden (öffentlichem Gut) für seine Zwecke zustehen könne. Ein solcher Anspruch wird vielmehr durch die einmal getroffene Zulassungsverfügung gemäss ihrem Inhalt begründet, und deshalb ist das nicht eine polizeiliche Verfügung im Sinne von § 8 Abs. 3, sondern es ist eine Disposition über den Strassenboden, wodurch sich die Verwaltung zugunsten des Privaten in Bezug auf die eigene Benützung dieses Bodens einschränkt. Die ist mit andern Worten weder eine Polizeierlaubnis, noch eine Erlaubnis zu gesteigertem Gemeindegebrauch (die zweite Art von strassenpolizeilicher Erlaubnis); vielmehr ist sie eine echte Konzession."

Obwohl diese Textstelle eine etwas andere als die hier verwendete Terminologie benützt, scheint doch Sondernutzung auch im heutigen Sinn gemeint zu sein.

Diese Ansicht ist m.E. richtig. Die feste und auf dem Boden gelb markierte Reservation von Standplätzen schliesst den Gebrauch durch andere in einer hohen Masse aus. Zudem ist sie dauernd(341), gilt zumeist faktisch ununterbrochen und unbefristet. Daran ändert nichts, wenn sich mehrere Unternehmer in den Platz teilen. Die Qualifikation als Sondernutzung würde es mit sich bringen, dass die erteilte Bewilligung (sog. "A-Bewilligung") ein wohlerworbenes Recht darstellte und den Schutz der Eigentumsgarantie genösse. Das Bg hat dies noch kürzlich deutlich abgelehnt, musste aber einräumen, dass

"bei Ablauf der meist recht kurz bemessenen Bewilligungsdauer zu berücksichtigen ist, dass die im Taxigewerbe erforderlichen Investitionen vernünftigerweise auf längere Sicht hinaus getätigt werden müssen und dass demzufolge der Bewilligungsinhaber die daraus entspringenden Vorteile während einer angemessenen Zeitdauer ausnützen können sollte."(342)

Weiter heisst es:

"Immerhin darf diese Rücksichtnahme auf bisherige Bewilligungsinhaber nicht dazu führen, dass ein andere Gewerbegeoss diskriminierender Zustand auf unabsehbare Zeit hinaus von der Bewilligungsbehörde zementiert wird, indem fast alle A-Taxi-Bewilligungen Jahr für Jahr und unter Ausschluss aller neuen Bewerber einer einzigen AG oder einigen wenigen natürlichen Personen erteilt werden."(342)

Das ist sicher richtig, spricht aber nicht gegen die Annahme eines wohlerworbenen Rechts. Auch eine Sondernutzungskonzession kann nämlich befristet erteilt werden. Der Schutz, den die Eigentumsgarantie bis zum Konzessionsablauf gewährt, ist aber zu begrüssen und im Lichte der vom Bg erwähnten längerfristigen (mindestens bis zum Bewilligungsablauf vorausschauenden) Planung nötig. Hingegen sind m.E. Bewilligungsintervalle von einem Jahr zu kurz. Die Konzession sollte sachgerechterweise etwa der Lebensdauer eines Automobils im Taxigebrauch entsprechen. Dafür könnte dann die "Rücksicht auf bisherige Bewilligungsinhaber" reduziert

werden. So entsteht auch keine unzumutbare Härte für einen Taxihalter, wenn (nach Ablauf einer Fahrzeuglebensdauer) eine oder mehrere Konzessionen an einen anderen vergeben werden. Im übrigen sind m.E. einem marktgängigen Mietpreis entsprechende Gebühren für die Standplätze zu verlangen, welche die Konkurrenzfähigkeit von Taxihaltern ohne A-Bewilligung ebenfalls erhöhen.

12. DEMONSTRATIONEN

Demonstrationen auf dem öffentlichen Grund stellen klarerweise eine Form des gesteigerten Gemeingebrauchs dar.(343) Das Problem liegt hier bei der Frage des Grundrechtsschutzes und bei der Auswirkung desselben auf das Problem von Normstufe und Normdichte. Im einzelnen sollen die folgenden Teilthemen zur Behandlung kommen:

- Welcher Grundrechtsschutz liegt vor?
- Welche Voraussetzungen müssen für Einschränkungen erfüllt sein bezüglich gesetzlicher Grundlage, öffentlichem Interesse und Verhältnismässigkeit?
- Und welche Behörde ist dafür zuständig?

12.1. Grundrechtsschutz

12.1.1. Die Demonstrationsfreiheit

Das Bg betont bis in jüngster Zeit, dass eine Demonstrationsfreiheit nicht bestehe, dies mit der Begründung, der öffentliche Grund müsse nicht vorbehaltlos zu politischen Zwecken zur Verfügung gestellt werden(344). Ein "anderen öffentlichen Interessen grundsätzlich vorgehender, nur aus polizeilichen Motiven beschränkbarer Anspruch auf die Benützung des öffentlichen Grundes für politische Demonstrationen" sei kein unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung(345).

Daraus kann aber m.E. nicht geschlossen werden, man könne die Demonstrationsfreiheit nicht als selbständiges Grundrecht anerkennen. Wohl keines der anerkannten (ge-

schriebenen oder ungeschriebenen) Grundrechte geht ausser den polizeilichen grundsätzlich allen öffentlichen Interessen vor. Die wichtigste Funktion der verfassungsmässigen Individualrechte in der Praxis besteht ja gerade darin, einen vernünftigen Ausgleich zwischen den durch diese geschützten privaten und entgegenstehenden öffentlichen Interessen zu finden.

In materieller Hinsicht wird jedoch die Demonstrationsfreiheit gewährt, abgeleitet aus der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit. Die Praxis hiezu, wie sie z.B. in BGE 107 Ia 65 f. E.a. zusammengefasst ist, vermag durchaus zu befriedigen. Umso unverständlicher ist es, dass man sich einfach vor dem Begriff "Demonstrationsfreiheit" zu scheuen scheint. Auch die Diskussion darüber, ob diese ein unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung sei, scheint mir müssig. Es geht ja nicht darum, ob Demonstrationen erlaubt oder verboten sein sollen, sondern darum, einen vernünftigen Interessenausgleich zu finden(346). Diesen hat das Bg wie gesagt m.E. auch gefunden.

Wenn aber von einer einheitlichen Demonstrationsfreiheit ausgegangen werden könnte, so wäre dieser Ausgleich wohl einfacher und einleuchtender zu handhaben als bei Abstützung auf zwei je nur teilweise Anwendung findende Freiheitsrechte.

Auch das Argument, die Demonstrationsfreiheit entspreche nicht verbreiteter Verfassungswirklichkeit in den Kantonen, vermag nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass dieses Erfordernis in der Literatur m.E. zu Recht kritisiert wird(347), würde ja durch die Anerkennung der Demonstrationsfreiheit inhaltlich am bisher gewährten Schutz nichts geändert, sondern nur eine materiell

schon aus der Kombination von Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit sich ergebende Rechtslage unter einem Begriff zusammengefasst(348).

Somit reduziert sich das Problem letztlich weitgehend auf das Begriffliche:

"Ob nun die Demonstrationsfreiheit Anerkennung als ungeschriebenes Verfassungsrecht des Bundes findet oder nicht - garantiert ist ihr gesamter Schutzbereich ohnehin durch die Kombination von Versammlungsfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit."(349)

12.1.2. Rechtsgleichheit

Vor allem bei Gesuchen von rivalisierenden Meinungsgruppen kann auch Art. 4 BV eine Rolle bei der Interessenabwägung spielen(350). Dies v.a. deshalb, weil solche Demonstrationen von Meinungsgegnern (zwischen welchen unter Umständen erhebliche Spannungen bestehen) zumeist örtlich oder zeitlich zu trennen sind. Dann verlangt das Gleichbehandlungsgebot, dass nicht der einen Gruppe zur besten Zeit, etwa am Samstagnachmittag und in der Innenstadt, der anderen aber am Mittwochmorgen in einem Aussenquartier die Demonstration bewilligt wird.

12.2. Einschränkungen der Demonstrationsfreiheit

12.2.1. Öffentliches Interesse

Die öffentlichen Interessen, die zu Einschränkungen der Demonstrationsfreiheit Anlass geben können, lassen sich wie folgt unterteilen:

- polizeiliche Interessen
- in der Natur des gesteigerten Gemeingebrauchs liegen-

de Gründe, namentlich die Konkretisierung des Zwecks des betroffenen öffentlichen Bodens

- solche Interessen, die sich aus dem zu erwartenden Inhalt der Meinungsäußerungen ergeben und nicht zu den beiden erstgenannten Kategorien gehören

- Übrige öffentliche Interessen

Grundsätzlich können wohl alle diese Interessengruppen Einschränkungen gebieten. Die Differenzierung erfolgt beim Erfordernis der gesetzlichen Grundlage.

12.2.2. Gesetzliche Grundlage

Aufgrund der Qualifikation als gesteigerter Gemeingebrauch können Demonstrationen ohne substantiierte gesetzliche Grundlage i.f.S. eingeschränkt werden, wenn es um den Schutz der beiden erstgenannten Interessengruppen geht. Sind die Einschränkungsmotive anderer Art, so ist eine klare Grundlage in einem Gesetz i.f.S. erforderlich(351). Anhand dieser Ueberlegungen sollen die neueren Entscheide des Bg betrachtet werden.

- BGE 108 Ia 300: eine zweite Fête du Cannabis wurde verboten, weil sie als ganzes und die zu erwartenden Meinungsäußerungen "dans les circonstances données impliquait, sans aucun doute, objectivement, le risque d'un danger direct et imminent d'une grave atteinte à l'ordre public, ce qui imposait impérativement à l'autorité responsable de la sauvegarde de cet ordre public d'empêcher une telle manifestation." Dies dokumentiert das erste der erwähnten öffentlichen Interessen, den Polizeigüterschutz.

- Die gleiche Erwägung führte in BGE 107 Ia 59 zu Ein-

schränkungen eines Umzugs in Moutier.

- Die Grenzen dieser polizeilichen Einschränkungen zeigt BGE 107 Ia 234, wo es heisst:

"Dans ces circonstances particulières, les craintes de l'autorité bernoise de voir dégénérer la marche populaire projetée par la recourante n'étaient pas fondées; sa décision interdisant cette manifestation n'était ainsi pas justifiée au regard de l'ordre public à sauvegarder."

- Ein Beispiel für die zweite Art öffentlicher Interessen findet sich in BGE 107 Ia 64. Durch Regierungsratsbeschluss (also ohne substantiierte gesetzliche Grundlage, woran das Bg entsprechend der hier vertretenen Meinung nichts auszusetzen hatte) wurde aus Gründen des Immissionsschutzes die Benützung von Lautsprecheranlagen generell eingeschränkt, in casu in unverhältnismässiger Weise.
- Zulässig ist auch das Motiv, der Behörde einen ausreichenden Zeitraum für die Anordnung von Massnahmen zu sichern, welche der reibungslosen Abwicklung der Demonstration auf öffentlichem Grund dienen. So müssen nach dem Reglement Graben (einem Gemeindereglement wohl ohne substantiierte gesetzliche Grundlage) Gesuche 72 Stunden vor Beginn der Veranstaltung eingereicht werden. (352)
- Dem Immissionsschutz dienen auch zeitliche Einschränkungen an Feiertagen und in der Nacht. Sie stehen mit der Natur des gesteigerten Gebrauchs in engem Zusammenhang und dürfen ebenfalls ohne substantiierte gesetzliche Grundlage i.f.S. auferlegt werden. (352)
- Nicht zugelassen wurde die Bestimmung, die Redner seien vorher zu nennen, weil der Zusammenhang zu den Bedürfnissen des Ordnungsdienstes usw. zu entfernt

ist und die Bestimmung in unkontrollierbarer Weise zur Zensur missbraucht werden könnte.

Einschränkungen, die sich in unzulässiger Weise auf andere öffentliche Interessen stützten, sind soweit ersichtlich in den neueren Entscheiden des Bg nicht mehr aufgetaucht.

Die höchstrichterliche Praxis stimmt demgemäss im Bereiche der Demonstrationen weitgehend mit der hier vertretenen Ansicht überein, wenn sie auch zum Teil etwas andere Akzente setzt. Nicht ganz gegeben ist diese Uebereinstimmung hingegen in anderen Bereichen der Meinungsäusserung auf dem öffentlichen Grund, vgl. oben AT 5.2.4.1.

12.2.3. Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat auch im Bereiche der Demonstrationen eine zentrale Bedeutung, wie in allen genannten Entscheiden betont wird. Es ist anwendbar sowohl bei Einschränkungen aus Polizeigründen wie auch bei solchen aus anderen öffentlichen Interessen, ferner auf Verfügungen und Erlasse. Auf seine einzelnen Erscheinungsformen braucht hier nicht mehr eingegangen zu werden, vgl. dazu oben AT 5.2.3.

12.2.4. Zuständigkeit

Wie oben AT 5.2.4.1. begründet, sollte m.E. die für die Aufsicht über den öffentlichen Boden bzw. für die Bewilligungserteilung gemäss dem Organisationsrecht zuständige Behörde für den ganzen Entscheid zuständig sein, wie dies schweizerischer Rechtswirklichkeit entspricht.(353)

13. DIE BENUEZUNG DES OEFFENTLICHEN WALDES

13.1. Problemstellung: Die öffentlich-sachenrechtliche Qualifikation des Waldes

Bei der Waldbenützung stellt sich ein anderes Problem als in den bisher besprochenen Gebieten, nämlich dasjenige der Qualifikation nicht einer bestimmten Gebrauchsart, sondern der Widmung der Sache selbst: Ist der Wald dem Gemeingebrauch gewidmet oder nicht?

13.2. Rechtstheoretische Qualifikation durch die herrschende Praxis und Lehre

In BGE 103 Ib 250 heisst es dazu kurz und klar:

"Der Wald zählt jedoch nicht zu den Sachen im Gemeingebrauch, selbst wenn er Eigentum einer Gemeinde ist (Grisel, Droit administratif suisse, S.283f.; vgl. BGE 97 II 377) ... Wie es sich mit den Waldwegen verhält, braucht indes hier nicht entschieden zu werden..."

Grisel a.a.O. (in der vom Bg zitierten Auflage) führt tatsächlich als Beispiel für Fiskalvermögen des Staates "forêts" an, ohne aber ausdrücklich zu sagen, dass dies für alle Wälder gelte. Im angeführten BGE 97 II 377 hingegen wird differenziert: Grundsätzlich wird die Frage offengelassen, ob der in casu betroffene Wald Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen (i.e.S.) oder Sache im Gemeingebrauch sei. Es werden aber drei Argumente genannt, die für das Vorliegen von Finanzvermögen sprechen:

- die "übliche Einordnung der Staats- und Gemeindewaldungen"
- die ursprüngliche Funktion des betroffenen Waldes und

- seine Behandlung in der kantonalen Vermögensrechnung

Zur Begründung des erstgenannten Arguments wird wiederum auf Grisel verwiesen, ausserdem auf die Kommentare Haab und Homberger sowie auf ZBI 1964, 282. Hierbei handelt es sich um einen Aufsatz über "die Bewertung von Finanzvermögen bei der Uebertragung zum Verwaltungsvermögen" in dem "Waldungen" ohne Begründung oder vertiefte Betrachtung als Beispiel von Finanzvermögen erwähnt werden. Die Durchsicht der Zivilrechtskommentare ergibt folgendes Bild:

- "Das Zutritts- und Aneignungsrecht des Art. 669 I betrifft die Wald- und Weidegrundstücke schlechterdings, ungeachtet dessen, ob sie im Eigentum natürlicher oder juristischer Personen, des Bundes, der Kantone, Gemeinden oder öffentlich-rechtlicher Körperschaften stehen."(354)
- Das Zutrittsrecht umfasst u.a. das Betreten zu Fuss, auf Reittieren, Schlitten, Skiern, Rädern und das Picknicken, alles wenn es ohne Schadenverursachung ausgeübt wird.(355)
- Der Kommentar Ostertag (1912) zählt die Waldungen zum Finanzvermögen(356) ebenso Haab im Zürcher Kommentar (1948)(357).

Natürlich wird das Thema auch in der Literatur zum Verwaltungsrecht behandelt:

- Nach Knapp(358) gehören die Wälder zum Verwaltungsvermögen. Da er dieses "Verwaltungsvermögen im eigentlichen Sinn" von den "öffentlichen Sachen", die den Privaten zur Verfügung stehen, abgrenzt(359), muss angenommen werden, dass er den Wald nicht als im Gemeingebrauch stehend (gemäss der hier verwendeten Terminologie) betrachtet.
- Fleiner-Gerster(360) folgt der Ansicht des Bg in BGE

103 II 99, allerdings ohne Begründung.

- Fleiner(361) zählt den Wald kommentarlos zum Finanzvermögen.(362)
- Auch Greuter(363) zählt den Wald zum Finanzvermögen, schliesst aber (im Jahre 1919) noch heute gültige Ueberlegungen an (allerdings "Betriebe" betreffend, wohl aber auch auf den Wald passend):

"... so finden wir hier die Oeffentlichkeit in der Regel nicht bloss indirekt am Ertrage, sondern zugleich auch ziemlich unmittelbar am Gebrauche selbst interessiert. Die Scheidung wird daher oft gar nicht leicht, und doch muss sie gemacht werden. Wir sagen deshalb: Sobald einmal das unmittelbare öffentliche Interesse, der unmittelbar öffentliche Zweck in hervorragendem Masse vorhanden, ja für die ganze Unternehmung offenbar bestimmend gewesen ist, dürfen wir mit Fug und Recht von einer öffentlichen Anstalt und Sache hier also von Verwaltungsvermögen sprechen.... So kommen wir denn dazu, manches was früher zweifellos privatrechtlichen Charakter trug, heute als publizistisch, da und dort früheres Finanz- als Verwaltungsvermögen zu erklären."

13.3. Positivrechtliche Regelungen unterer Stufe

Diesen allgemeinen Erwägungen stehen die Bestimmungen des kantonalen Rechts gegenüber, die in konkreter Weise die Benützung des Waldes regeln. Sie und die darauf gestützten kommunalen Erlasse betreffen die Forst"polizei".(364) Sie beschränken nicht die Begehbarkeit generell, was (wie oben erwähnt) wegen ZGB 699 auch nicht zulässig wäre.

In der Verordnung des Stadtrates von Winterthur über die Benützung des Stadtwaldes vom 10.12.1976 heisst es in Ziff. 2:

"Das Begehen des Stadtwaldes ist - soweit nicht im Interesse der Kulturen einzelne begrenzte Verbote erlassen werden müssen - jedermann im ortsüblichen Umfange gestattet.

Jede über das ortsübliche Mass hinausgehende Benützung, insbesondere durch ausgeschriebene Grossveranstaltungen wie Orientierungsläufe, Volksmärsche und dergleichen, ist bewilligungspflichtig."

13.4. Funktionale Betrachtungsweise

Der Wald übt eine Vielzahl von Funktionen aus. Sie lassen sich in drei Hauptgruppen aufteilen:(365)

- Rohstoff- (Nutz-)funktion
- Schutzfunktion
- Erholungsfunktion

Diese drei Funktionstypen lassen sich gut öffentlich-sachenrechtlichen Kategorien zuordnen: Die Nutzfunktion entspricht einer Qualifikation als Finanzvermögen, die Schutzfunktion einer solchen als Verwaltungsvermögen i.e.S. und die Erholungsfunktion deutet auf eine Sache im Gemeingebrauch hin.

Nun dient fast jeder Wald zwei oder allen Funktionsgruppen. Doch haben sich wohl in den letzten hundert Jahren Verschiebungen derart ergeben, dass die Nutzfunktion gegenüber der Erholungsfunktion an Bedeutung verloren hat, dies aus verschiedenen Gründen:

- Bevölkerungsexplosion und höhere Siedlungsdichte
- Bedeutungsverlust des Holzes als Rohstoff

- Luftverschmutzung erhöht den Trend zur Erholung in der Waldluft
- Grösseres Freizeitangebot und Entwicklung des Breitensportes (Waldläufe, "Jogging", OL usw.)
- Parkartiger Ausbau vieler Wälder mit Spazierwegen, Bänken, Picknickplätzen, Feuerstellen u.ä.
- Errichtung von Freizeiteinrichtungen im Wald, z.B. Vita-Parcours, Waldlehrpfad

13.5. Ergebnis

Es ergibt sich demnach

- a) In tatsächlicher Hinsicht steht der Wald überall (in einem untechnischen Sinn) im gemeinen Gebrauche. Dies ergibt sich aus Art. 699 ZGB, aus den kantonalen und kommunalen Erlassen, welche die Waldbenützung regeln, sowie aus der Ortsübung.
- b) Die Qualifikation des Waldes als Finanzvermögen ergab sich aus der früher vorherrschenden Holzlieferungs-funktion des Waldes, die heute von der überwiegenden Erholungsfunktion abgelöst ist.
- c) Diese Einstufung als Finanzvermögen ist in neuerer Zeit weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung grundsätzlich überprüft worden.

Damit ist m.E. aufgezeigt, dass der Wald heute als Sache im Gemeingebruch angesehen werden sollte, wobei seine Widmung gewisse Beschränkungen im Hinblick auf die anderen Waldfunktionen beinhaltet. In Ausnahmefällen kann ein Wald Finanzvermögen (Baumschule, Plantage) oder Verwal-

tungsvermögen i.e.S. sein (Lawinenschutzwald, botanischer Garten).

- 1 Schwarzenbach 195; Imboden/Rhinow Nr. 118 B I und dort zitierte BGE, Fleiner-Gerster 382, der nur die über das Ortsübliche oder die Zweckbestimmung hinausgehende Nutzung nennt.
- 2 Knapp Nr. 1804
- 3 Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Systematischer Teil zum Eigentum, N 206
- 4 Fleiner, Institutionen 367 f., Fleiner-Gerster 383, Ruck Bd. 1, 141, Bd. 2, 323, Imboden/Rhinow Nr. 115 B IV; BGE 95 I 243 als Bsp. von Privateigentum im Gemeingebrach; Ausführliche Erörterung bei Kromer 19 ff.
- 5 Imboden/Rhinow Nr. 115 B III b
- 6 BGE 102 IV 27
- 7 Nr. 1804
- 8 Vgl. etwa BGE 105 Ia 93
- 9 So sagt schon BGE 33 I 515: "In der Tat umschreibt das bernische ZGB mit seiner Bezeichnung des Gebrauchs, der 'jedermann erlaubt' ist, ganz unzweifelhaft den überlieferten römisch-rechtlichen Begriff des 'Gemeingebruchs' oder 'öffentlichen Gebrauchs' (usus publicus). Und die regierungsrätliche Auslegung jenes entspricht der allgemeinen Interpretation dieses letzteren als desjenigen Gebrauchs, welcher als Gebrauch aller in grundsätzlich gleicher Stellung überhaupt denkbar ist..."
- 10 Imboden/Rhinow Nr. 118 B I 3. und Schwarzenbach 194
- 11 a.a.O. Nr. 118 A
- 12 z.B. 99 Ia 510 und Pra 1967, 213, wo das Bg offen lässt, ob Strassenprostitution den Rahmen des Gemeingebruchs überschreite.
- 13 Pra 1955, 280 f. Weitere Bsp. bei Stüdeli 43 f. und 50 f., Schauwecker 96
- 14 Schwarzenbach 194
- 15 Gleicher Ansicht scheint mir Knapp zu sein, vgl. Nrn. 1797 f. und 1804. Ähnlich Saladin 251. Ebenso Stüdeli 50, Sintzel 231, Marti 67

- 16 Knapp Nr. 1804. Vgl. auch Imboden/Rhinow Nr. 118 B I b, Schwarzenbach 195, Fleiner-Gerster 283, sowie Kromer 44, der allerdings im Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsproblematik doch zu einer weiteren Definition findet (S. 120)
- 17 so auch VPB 35.2, 15
Zu einer parallelen Tendenz im deutschen Recht vgl. Walter Schmidt, in: Neue Zeitung für Verwaltungsrecht, 1985, 168 Ziff. II 1 b und c betr. Fussgängerzonen, sowie Kromer 120.
Gleicher Ansicht scheint Marti 67 zu sein.
- 18 Ruck, Bd 1, 146, Fleiner-Gerster 390
- 19 In dieser Richtung gehen auch die weiteren Erwägungen im zitierten BGE 100 Ia 397.
- 20 Imboden/Rhinow Nr. 118 B I c, Knapp Nr. 1804, Schwarzenbach 195
- 21 BGE 75 I 14: "Wird die öffentliche Sache stärker in Anspruch genommen, liegt gesteigerter Gemeingebrauch vor, und wenn sie besonders intensiv herangezogen wird eine Sondernutzung." Kritisch auch Saladin, Grundrechte 249
- 22 Schwarzenbach 196, Fleiner-Gerster 382 f., Knapp Nr. 1824 f., Sintzel 19, Bosshart 81, Imboden/Rhinow Nr. 119 B I
- 23 Kurios mutet es heute an, dass das Bg anno 1920 erwog, ob u.a. aus diesem Grunde das Autofahren auf öffentlichen Strassen nicht mehr dem Gemeingebrauch zuzurechnen sei: "Dazu kommt, dass auch die Prämisse, von welcher die Rekurrenten bei ihrer Berufung auf Art. 4 BV und 9 KV ausgehen, nämlich dass die Benützung der öffentlichen Strassen zum Fahren mit Automobilen ein Bestandteil des Gemeingebrauchs an den Strassen sei, keineswegs zweifellos ist. Wenn schon der Gemeingebrauch bei Strassen nach allgemeiner Auffassung allerdings neben dem Gehen das Fahren auf denselben in sich schliesst, so lässt sich doch fragen, ob hierunter auch die Verwendung von Fahrzeugen gerechnet werden könne, die, wie die Automobile, nicht nur was die Beeinflussung des sonstigen Strassenverkehrs, sondern auch was die Inanspruchnahme des Strassenkörpers selbst, den Einfluss auf dessen Zustand betrifft, sich mit den bisher bekannten Verkehrsmitteln in keiner Weise vergleichen lassen, oder ob nicht der Kanton den Standpunkt einnehmen könne, dass es sich dabei um eine über den gemeinen Gebrauch hinausgehende Sondernutzung handle..." (BGE 46 I 293 f.)

- 24 was unlogisch ist, weil die Definition von ihrem Ergebnis bestimmt wird. Vgl. dazu die zwei Mal unlogische und deshalb letztlich wieder richtige Abgrenzungserwägung des schweiz. Schulrates im Fall der Fotokopierautomaten in der ETHZ (VPB 38.91,37)
- 25 Zur grundsätzlichen Kritik an der Dreiteilung bzw. an der Abgrenzung von gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung s. unten (1.3.).
- 26 Vgl. Knapp Nr. 1837 sowie VPB 34. 72, 122, wo eine Beschwerde der Verkehrsliga gegen Errichtung von Beamtenparkplätzen entlang einer (kantonalen) öffentlichen Strasse gutgeheissen wurde, weil kein genügendes öffentliches Interesse vorhanden war. Ebenso VPB 43.23. (Grundsätzlich sind aber die Kantone befugt, den Gemeingebrauch aufzuheben, vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar zu Art. 664 ZGB, N 25)
- 27 Vgl. Knapp Nr. 1827, Häfelin/Haller Nr. 1395
- 28 Vgl. Schauwecker 100, nach dem sich keine eindeutigen Abgrenzungskriterien finden lassen.
- 29 Imboden/Rhinow Nr. 119 B I b
- 30 Fleiner-Gerster 382
- 31 Knapp Nr. 1825
- 32 BGE 52 I 85, vgl. auch BGE 76 I 385 (Verlegen eines Röhrensystems) sowie ZBl 1931, 459 (Plakatanschlag)
- 33 Vgl. auch Saladin, Grundrechte 249, der dem Entscheid entnimmt, das Bg betrachte den Verkauf von Zeitungen als Sondernutzung.
- 34 BGE 75 I 9
- 35 Grundrechte 249: "Die Dreiteilung dürfte heute grundsätzlich fragwürdig sein. Wie die folgenden Ueberlegungen zeigen werden, empfiehlt es sich viel eher, die einfache französische Unterscheidung zwischen 'utilisations normales' und 'utilisations anormales' oder noch besser diejenige zwischen 'utilisations collectives' und 'utilisations privatives', zwischen Gemeingebrauch und Sondergebrauch zu übernehmen." (auf die "folgenden Ueberlegungen" ist unten 4. und 5. näher einzugehen.) Vgl. auch Peter Saladin/Christoph Lanz, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit Einkaufszentren, in ZBl 1976, 99ff.

- 36 Knapp Nr. 1827, Häfelin/Haller Nr. 1395
- 37 Sintzel 19, Bosshart 118, Wicki 83
- 38 BGE 73 I 216, 77 I 286, vgl. auch Pra 1976, 214, E. 5 b, 1. Satz
- 39 Saldin, Grundrechte, Vorwort S. II, bezeichnet das Problem als "letztlich unlösbar".
- 40 dagegen spricht wohl die Formulierung in Pra 1976, 214, E 5b ("...setzt indes solcher Gebrauch nicht immer eine positive Leistung des Staates voraus."), a.A. Häfelin/Haller Nr. 1396
- 41 vgl. Saladin, Grundrechte, 250 ff. sowie Häfelin/Haller Nr. 1396
- 42 so auch Saladin, Grundrechte, Vorwort S.XLIV, vor Anm. 101; immerhin scheint Variante B9 ebenfalls nicht gewollt, Häfelin/Haller N. 1397. Im wesentlichen zum gleichen Ergebnis kommt Rüesch 135 oben
- 43 So auch Trachsel 271
- 44 Imboden/Rhinow Nr. 134 B II b, Fleiner-Gerster 143 ff.
- 45 Vgl. Imboden/Rhinow Nr. 117 A II
- 46 Bosshart 95 f., Zürcher 6 f., Sintzel 17, Schauwecker 101
- 47 Bosshart 96
- 48 Zürcher 7. Vgl. Grisel 555:"situation nouvelle"
- 49 Zur Definton des Begriffs "Polizeibewilligung2 in diesem Sinn vgl. Fleiner-Gerster 163, Imboden/Rhinow Nr. 132 B I.
- 50 Boshart 97, Zürcher 7
- 51 Waser 18
- 52 BGE 108 Ia 137, Pra 71, 441 E.3, BGE 105 Ia 94 E. 3
- 53 Jost 76, Imboden/Rhinow Nr. 132 B, Knapp Nr. 648, Schwarzenbach 176 f. Fleiner-Gerster 163
- 54 Nr. 1815 ff.
- 55 S. 390

- 56 S. 95
- 57 BGE 108 Ia 137, Pra 71, 441 E. 3, BGE 105 Ia 94 E. 3
- 58 Vgl. Knapp Nr. 645 sowie bezüglich der praktischen Irrelevanz dieser Frage Schauwecker 101
- 59 Dies übersieht m.E. Schauwecker in seiner Argumentation auf S. 102 f.
- 60 Fleiner-Gerster 163, Imboden/Rhinow Nr. 132 B III
- 61 BGE 105 Ia 94, 107 Ia 66,
- 62 BGE 108 Ia 135 betr. Taxi-A-Bewilligungen
- 63 ZBl 1980, 43
- 64 BGE 107 Ia 296
- 65 Ulrich Zimmerli, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, in: recht! 1984, 76 f.
- 66 Imboden/Rhinow Nr. 122 B XI, Weber - Dürler 168 f., Schwarzenbach 70 f., Knapp Nr. 457 ff.
- 67 Dieser Begriff in einem verwaltungsrechtlichen Sinn verstanden (vgl. Fleiner-Gerster 234, Imboden/Rhinow Nr. 41 B I) scheint mir hier geeignet, obwohl sich die "Rechtskraft" (zufolge der sogleich zu beschreibenden Interessenabwägung beim Widerruf) nicht wie im Zivilprozessrecht von vornherein feststellen lässt.
- 68 Bzw. Recht auf Vertrauensschutz, Weber - Dürler 168 ff Fleiner-Gerster 265
- 69 Weber - Dürler 185 f. Imboden/Rhinow Nr.41 B II, Knapp Nr. 643, Schwarzenbach 123, Fleiner Gerster 264, Hängartner, Widerruf 71, BGE 107 Ia 197, 105 Ia 316, 105 II 141, 103 Ib 205, 241, 100 Ib 300, VPB 38.91
- 70 Fleiner-Gerster 265 f.
- 71 Imboden/Rhinow Nr. 40 B II, Knapp Nr. 630, vgl. VBP 35.102
- 72 Imboden/Rhinow Nr. 42
- 73 Knapp Nr. 629, Fleiner-Gerster 266
- 74 vgl. z.B. BGE 110 Ib 208
- 75 BGE 102 Ib 363

- 76 Imboden/Rhinow Nr. 41 B II c, Saladin, Widerruf 24,
Knapp Nr. 630, Schwarzenbach 126, Fleiner-Gerster 267
- 77 Imboden/Rhinow Nr. 41 B I b 1
- 78 VPB 44.31, 131 f.
- 79 BGE 104 Ib 162 f.
- 80 Imboden/Rhinow Nr. 41 B I b 1., Knapp Nr. 361
- 81 Knapp Nr. 633, Saladin, Widerruf 20
- 82 Schwarzenbach 124, Fleiner-Gerster 268 ff.
- 83 Saladin, Widerruf 22 f., Schwarzenbach 126, Knapp
Nr. 635, Fleiner-Gerster 265, BGE 100 Ib 97, 98 Ib 250
- 84 BGE 107 Ia 197, Pra 70, 507 f.
- 85 Fleiner-Gerster 267
- 86 BGE 108 Ib 4, 105 Ia 15
- 87 Fleiner-Gerster 267, BGE 102 Ib 363
- 88 vgl. Imboden/Rhinow Nr. 44
- 89 BGE 107 Ia 197
- 90 Imboden/Rhinow Nr. 41 B IV, Saladin, Widerruf 38,
Knapp Nr. 634b, Fleiner-Gerster 265, BGE 100 Ib 304
- 91 BGE 107 Ia 197
- 92 Vgl. zur diesbezüglichen Begriffsverwirrung Weber 175 f.
Gerechtfertigt ist m.E. aber nach wie vor die Definition
von "wohlerworbenen Rechten", s. dazu aus der Sicht von
Eigentumsgarantie und Vertrauensschutz unten 5.1.2.4.
- 93 Imboden/Rhinow Nr. 41 B V, Saladin, Widerruf 38,
Knapp Nr. 634c, Schwarzenbach 125
- 94 BGE 101 Ib 321, 106 Ib 256
- 95 Schwarzenbach 124, Saladin, Widerruf, 33, Imboden/Rhi-
now Nr. 41 B II, BGE 107 Ia 197
- 96 Weber-Dürler 185 ff. , Alfred Kölz, VRG, § 20 Nr. 55 so-
wie derselbe, Intertemporales Verwaltungsrecht, in ZSR 1983 II
123 ff. , Imboden/Rhinow Nr. 74 B X b 1. Vgl.insbesondere
die ganz im Blickwinkel des Vertrauensschutzes stehende

Behandlung des Widerrufsthemas bei Fleiner-Gerster
263 ff.; Saladin, Widerruf 134

- 97 Grisel 562
- 98 Schwarzenbach 124 und dort zit. BGE, insbesondere die
ausführlichen Erörterungen in BGE 100 Ib 96 ff.
- 99 Schwarzenbach a.a.O. (Titel)
- 100 BGE 110 Ib 367
- 101 Imboden/Rhinow Nr. 41 B IIId, Hangartner, Widerruf 45,
BGE 108 II 462
- 102 Fleiner-Gerster 264 f.
- 103 Imboden/Rhinow Nr. 122 B II, vgl. auch unten 5.1.2.4.
- 104 a.A. VPB 22.130, 209
- 105 Knapp Nr. 299 f.
- 106 so auch VPB 22.130, 210; a.A. Imboden/Rhinow Nr. 122
B II
- 107 so auch Fleiner-Gerster 270 und Weber-Dürler 140 ff.
- 108 vgl. Weber-Dürler 159 ff. für den Fall der Gesetzes-
änderung
- 109 Weber-Dürler 140
- 110 vgl. auch Pra 1981, 507
- 111 Vgl. Weber - Dürler 140f.
- 112 BGE 109 Ib 17
- 113 Begriffe gemäss der Definition bei Cottier 148 f.
- 114 vgl. Rhinow, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht, eine
eine Einladung zum Nach- und Umdenken, in: recht
2/1983, 41 ff.
- 115 Cottier, 20 ff. spricht von formellem und materiellem
Legalitätsprinzip
- 116 zuletzt in BGE 105 Ia 93, 107 Ia 66, 109 Ia 211
- 117 Imboden/Rhinow Nr. 118 B II, Knapp Nr. 1804, Fleiner-
Gerster 382,390; kritisch Grisel 556. Zur Bemerkung
von Georg Müller (Vom Einfluss dogmatischer Erkennt-

nisse auf bundesgerichtliche Entscheidungen, in: FS
Grisel 577 ff.) vgl. unten 5.1.1.

118 Saladin, Grundrechte, Vorwort S.L

119 BGE 103 Ia 381

120 Ulrich Zimmerli, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Ver-
waltungsrecht, in: recht 3/1984, 76

121 im gleichen Sinn Rhinow, Vom Ermessen im Verwaltungs-
recht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken, in:
recht 2/1983, 43, 2.1. Auch Cottier, Zusammenfassung,
S. XXIII kommt zum m.E. richtigen Schluss:
"Aus dieser Sicht fragt sich im Ergebnis, ob überhaupt
sinnvollerweise allgemeine Anforderungen an die Ausge-
staltung der gesetzlichen Grundlage insbesondere von
Grundrechtsbeschränkungen, etwa im Sinne von Art. 23
Abs. 2 VE 1977 für eine neue BV, formuliert und über
den Grundsatz hinaus verfassungsrechtlich positiviert
werden können. In ihrer Komplexität lassen sich die
Fragen der Normdichte wie auch der Normstufe letztlich
nur im Fallrecht erfassen, entwickeln und gruppieren.
Sie sind in erster Linie dem Verfassungsrichter als
dem dazu bestgeeigneten Organ zu Obhut und Pflege an-
zuvertrauen."

122 Zur ausführlichen Begründung dieses Gedankens s. unten
5.2.2.

123 BGE 103 Ia 383, E.d; Ulrich Zimmerli, Zum Gesetzmäs-
sigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, in: recht 1984,
77

124 BGE 103 Ia 383 E.d

125 Band I, 207

126 Häfelin/Haller Nr. 1133, Knapp Nr. 262
Müller, Elemente 106

127 Imboden/Rhinow Nr. 59 I b und II, Fleiner-Gerster
72 f.,
Knapp Nr. 269

128 103 Ia 369

129 BGE 107 Ia 296

130 dazu ausführlich unten (5.2.2.)

131 Pra 1976, 216, vgl. auch Imboden/Rhinow
Nr. 59 B II, insbesondere lit. i

- 132 Häfelin/Haller Nr. 1129, 1145, Müller, Elemente
141 ff., Hangartner Bd. II, '87, Saladin, Grundrechte
290 ff.
- 133 vgl. oben 4.2.1.
- 134 Fall Wäffler (103 Ia 369)
- 135 Fall Graben (107 Ia 296)
- 136 dazu ausführlich unten (5.2.2.)
- 137 Insbesondere lässt sich (wie nachfolgend ausführlich
zu zeigen ist) m.E. bereits aus dem heutigen Stand der
Rechtsprechung die grundsätzliche Geltung der von
Georg Müller (G. Müller, Vom Einfluss dogmatischer Er-
kenntnisse auf bundesgerichtliche Entscheidungen, in:
FS Grisel 761 ff.) geforderten und in der vorliegenden
Arbeit vertretenen Konzeption ableiten. Das Bg ist so-
mit lediglich in der Formulierung ("besonderer ideel-
ler Gehalt") auf halbem Weg stehen geblieben, in der
Sache hat es ihn aber zum grossen Teil zurückgelegt.
- 138 Alfred Kölz, Die Legitimation zur staatsrechtlichen
Beschwerde und das subjektive Recht, in: FS Grisel 750
- 139 BGE 106 Ia 136
- 140 BGE 103 Ia 388 f., Häfelin/Haller Nr. 1178
- 141 Häfelin/Haller Nr. 1166 ff.
- 142 Häfelin/Haller Nr. 1170 f.
- 143 BGE 49 I 138, vgl. auch VPB 35.2, 9 f.
- 144 Bundesstaatsrecht, 337
- 145 a.a.O., 318
- 146 Ein Demonstrationsrecht gibt die Verfassung nicht,
BGE 100 Ia 392, kritisch VPB 35.2, Ziff. 1. Vgl. zu
diesem Thema ausführlich unten 12.
- 147 BGE 107 Ia 294, vgl. auch 105 Ia 21
- 148 BGE 96 I 219
- 149 BGE 110 Ia 48, Pra 1984, 8, ZBl, 1980, 35 ff. Vgl.
auch die extensiven Erwägungen in VPB 35.2 sowie Pra
1976, 214:
"Es ist hier darauf hinzuweisen, dass das Bg angenom-

men hat, die Vereinsfreiheit und die Meinungsfreiheit schützten auch Tätigkeiten, die mit einem gesteigertem Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes verbunden seien und deshalb bewilligungspflichtig erklärt werden könnten (BGE 100 Ia 402 = Pr 64 Nr. 57 und dort zit. Urteile)."

Mit "Vereinsfreiheit" ist wohl die Versammlungsfreiheit gemeint: "la liberté de réunion" (frz. Originaltext in BGE 101 Ia 480).

- 150 Bosshart 112. BGE 105 Ia 222, 95 I 241, 56 I 266
- 151 Frick 40 f., Imboden/Rhinow Nr. 117 B III, Saladin, Grundrechte 135 ff.
- 152 Weitere Bsp. bei Frick 28 f.
- 153 z.B. ein Jagdrecht in BGE 96 I 727
- 154 Ein vorbestandenes Recht wurde z.B. anerkannt in
- BGE 93 I 638: Der Firma Signer steht aufgrund einer Okkupation gemäss einem Gesetz von 1832 das Recht zu, 5000 l/min. Wasser aus dem Bodensee zu entnehmen.
 - BGE 97 II 25 = Imboden/Rhinow Nr. 122 A II betr. Fischereirecht
- 155 s. oben 3.4. lit. e
- 156 BGE 106 Ia 167, vgl. dazu auch die Bemerkungen von J.P. Müller, in: ZBJV 1982, 220, 231, 240 sowie Weber-Dürler 63 ff.
- 157 Weber-Dürler 69, Alfred Kölz, Das Wohlerworbene Recht - immer noch aktuelles Grundrecht?, in: SJZ 1978, 65 ff., 89 ff.
- 158 René A. Rhinow, Wohlerworbene und Vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl 1979, 8f.
- 159 S. 146
- 160 vgl. Weber-Dürler 142
- 161 106 Ia 167
- 162 ebenso in VPB 35. 80, 186 f.
- 163 BGE 101 Ia 473 = Pr 1976, 212 ff.
- 164 Vgl. Aubert Bd. II Nr. 1919, Fleiner/Giacometti 309

W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage, Bern 1931, 243 f.

- 165 Pra 1976, 214 f. Der Hinweis auf den Zweck erscheint mir nicht nötig und in dieser Formulierung (als Voraussetzung dafür, sich auf die HGF "berufen" zu können) unrichtig. Der Zweck, besser das Interesse des Normalbenützers an zweckgemässer Benutzung, ist vielmehr ein (wohl das wichtigste) Element, das in der Interessenabwägung zugunsten einer Einschränkung spricht. Das gilt aber auch ohne die Erwähnung an genannter Stelle. A.A. Zürcher 24 ff.
- 166 vgl. Georg Müller, Vom Einfluss dogmatischer Erkenntnisse auf Bundesgerichtliche Entscheidungen, in: FS Grisel 761 Anm. 15; Saladin, Grundrechte, Vorwort S. XLIII
- 167 BGE 102 Ia 442 f., 108 Ia 136 f., ZBl 1981, 133 (Verwaltungsgericht AG), vgl. dazu: Häfelin/Haller Nr. 1394, Marti 115 ff., Stüdeli 56 f. und 69 ff.; Aubert, Suppl. Nr. 1919 beschreibt die Aenderung ohne Kommentar.
- 168 vgl. Kromer 122 ff.
- 169 BGE 46 I 292 (Autoverbot Graubünden), 81 I 190 und 89 I 535 (Parkordnung), 108 Ia 114 (nächtliches Dauerparkieren)
- 170 vgl. auch BGE 51 I 307 (Plakataanschlag), 52 I 85 (Zeitungsverkäufer), VPB 44. 24 (Berner Parkordnung), 103 Ia 318 (Demonstration)
- 171 Imboden/Rhinow Nr. 74 ff., Knapp Nr. 295 ff., Katharina Sameli, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR 1977 II, 347 ff.
- 172 so in VPB 38. 91, 42
- 173 Fleiner-Gerster 263 f., oben 3.4.
- 174 Weber-Dürler 259 f. und 263 f.
- 175 Imboden/Rhinow Nr. 77 B IV
- 176 Imboden/Rhinow Nr. 76 B II, Weber-Dürler 230 ff.
- 177 vgl. Imboden/Rhinow Nr. 74 B IX c
- 178 BGE 105 Ia 223, 104 Ia 189

- 179 Elemente 138 ff., a.A. anscheinend Häfelin/Haller Nr. 1614
- 180 a.A. Imboden/Rhinow Nr. 58 B II a: (Das Verhältnismäßigkeitsprinzip) "wurde aus seiner Verknüpfung mit anderen Grundrechten gelöst und zum eigenständigen Verfassungsgrundsatz erhoben".
- 181 Müller, Elemente 140
- 182 BGE 106 Ia 260, 107 Ia 293, 108 Ia 300, unklar 108 Ia 61/64
- 183 Müller, Elemente 133, Häfelin/Haller Nr. 1141 ff.
- 184 BGE 97 I 893 ff. = Pra 1972, 402 ff.
- 185 BGE 109 Ia 210 = Pra 1984, 79 ff.
- 186 BGE 97 I 893 ff. = Pra 1972; 402 ff.
- 187 BGE 109 Ia 210 Pra 1984, 79 ff.
- 188 Häfelin/Haller Nr. 1118 ff., Müller, Elemente 103 ff., Saladin 340 ff.
- 189 vgl. oben 4.2.1.
- 190 BGE 110 Ia 48
- 191 BGE 107 Ia 294
- 192 Pra 1984, 81
- 193 BGE 108 Ia 137
- 194 BGE 108 Ia 116 betr. Gleichbehandlung bei Gebührenerhebung (nächtliches Dauerparkieren)
- 195 BGE 107 Ia 294 ff.
- 196 BGE 107 Ia 68
- 197 BGE 104 Ia 178
- 198 BGE 103 Ia 349 f.
- 199 Pra 1976, 216
- 200 ZBl 1980, 45
- 201 Zu weit gehend m.E. Marti 115 ff., der nur polizeiliche, der Gefahrenabwehr dienende Einschränkungen

zulassen will.

- 202 vgl. die Tabelle oben 4.2.3.
- 203 vgl. die Zusammenstellung der durch eine Demonstration gefährdeten Polizeigüter bei Bosshart 166 ff.
- 204 BGE 105 Ia 95, 100 Ia 398
- 205 Imboden/Rhinow Nr. 58 B II a
- 206 Müller, Elemente, 139, ausführlich dazu Zimmerli 19 ff.
- 207 Häfelin/Haller Nr. 1141 ff., Müller, Elemente 133, Imboden/Rhinow Nr. 58 B IV, ähnlich Hangartner Bd. II, 85 ff. .
- 208 Pra 1984, 83, E. 7, ebenso in BGE 100 Ia 404 f.
- 209 Pra 1982, 440 f.
- 210 BGE 107 Ia, 292 ff.
- 211 Pra 1972, 408, E.e.
- 212 BGE 107 Ia 67
- 213 BGE 97 I 899 = Pra 1972, 402 ff.
- 214 Pra 1976, 216
- 215 BGE 107 Ia 292
- 216 vgl. Imboden/Rhinow Nr. 58 B IV b 4.
- 217 BGE 107 Ia 294, ebenso 107 Ia 66 und 105 Ia 94
- 218 Pra 1972, 408
- 219 BGE 102 Ia 56
- 220 BGE 100 Ia 406
- 221 Häfelin/Haller Nr. 1304
- 222 oben 5.2.2.
- 223 BGE 107 Ia 303, ZBl 1980, 37
- 224 BGE 107 Ia 66, ähnlich ZBl 1980, 44, BGE 105 Ia 21 und Pra 1984, 8; Bosshart 140 f. ist der Ansicht, die Zielrichtung einer Demonstration dürfe grundsätzlich

nicht berücksichtigt werden, geht aber nicht auf die hier unter b bis e erwähnten Fälle ein.

- 225 a.A. Rüesch 251
- 226 Pra 1984 8 und 79 ff.
- 227 BGE 107 Ia 303, 105 Ia 21
- 228 Walter Schmidt, Der Ermessensrahmen bei der Versagung einer Strassenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1985, 167 ff.
- 229 Vgl. auch Bosshart 157, der die Problematik aufzeigt, dass nie mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob die Behörde (bewusst oder unbewusst) den Inhalt der Meinungsäusserung in unzulässiger Weise in die Abwägung einbezogen hat. Ebenso BGE 107 Ia 298.
- 230 S. 128 ff. und 323
- 231 Ruesch 323
- 232 Pra 1976, 214
- 233 oben 2.
- 234 Häfelin/Haller Nr. 1093 ff.
- 235 Rüesch 323, ZBl 1980, 44, BGE 105 Ia 22
- 236 Häfelin/Haller Nr. 1403 ff.
- 237 Pra 1976, 214 oben
- 238 BGE 102 Ia 438, 104 Ia 178, 108 Ia 135
- 239 Vgl. zu diesem Thema im Hinblick auf die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde ans Bg: A. Kölz, Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde und das subjektive öffentliche Recht, in: FS Grisel, 752 f.
- 240 Ebenso in BGE 102 Ia 442 f. Nach diesem Entscheid ist auch die Regel, dass eine Person nur eine A-Bewilligung erhält, eine sich aufdrängende Ergänzung des Anciennitätsprinzips.
- 241 unveröffentlicher Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18.1.1984
- 242 s. BT, 11.

- 243 BGE 104 Ia 172, E. 3
- 244 Bundesverwaltungsgerichtsurteil vom 27.4.1984, in:
Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 1/1985, 18
- 245 Zürcher 27
- 246 Grundrechte 252
- 247 Eike v. Repkow, Sachsenspiegel
- 248 ZR 48.83, Obergericht, III. Kammer, 28.10.48
- 249 VBöGS Wi Art. 2 und Zch Art. 25
- 250 Kromer 120
- 251 BGE 96 I 589, ZBl 1980, 39, Müller/Müller 157.
Zusammenstellung entsprechender Ansichten in der deut-
schen Literatur bei Kromer 119, Anm. 57
- 252 oben AT 4.2.2., BGE 105 Ia 95
- 253 BGE 96 I 590, ZBl 1977, 357 ff. mit etwas verwirrenden
Erwägungen (S. 360); 1980, 39
- 254 so auch (allerdings mit abweichender Begründung)
Müller/Müller 159
- 255 gleicher Ansicht Stüdeli 51
- 256 BGE 96 Ia 591
- 257 BGE 105 Ia 93 f, 96 Ia 591
- 258 VBöGS Art. 20
- 259 VBöGS Art. 21
- 260 Häfelin/Haller Nr. 1393, Müller/Müller 318
- 261 dazu Müller/Müller 96 ff.
- 262 dazu Müller/Müller 96 ff.
- 263 s. oben AT 4.2.3.
- 264 Bewilligungsformular der Stadtpolizei Winterthur,
Auflagen, Ziff. 7
- 265 Ordinanza municipale che regola l'attività di artisti
e suonatori sulla pubblica via, Bollettino no. 38/5 -

- 1984, Art. 4 Ziff. 1
- 266 Häfelin/Haller Nr. 1401 und Müller/Müller 320 f.
- 267 Bewilligungsformular der Stadtpolizei Winterthur, Auflagen, Ziff. 5
- 268 Formular "kurzfristige Bewilligung" der Gewerbepolizei St. Gallen unter dem Titel "Bedingungen"
- 269 Pra 1976, 213
- 270 ZBl 1977, 346 ff.
- 271 1.1.3.
- 272 Pra 1976, 215 E. 6a, BGE 99 Ia 511 E. 4b
- 273 Häfelin/Haller, Nr. 1137, 1135
- 274 AT 5.2.2.
- 275 Pra 1972, 402 ff., Müller/Müller 181 und 349
- 276 Pra 1972, 404 E. 5, 1984, 80 E.4
- 277 gleicher Ansicht wohl Müller/Müller 349 und Alfred Kölz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, in: ZBJV 1985, 352 ff.
- 278 Pra 1972, 402 ff. (Küpfer) sowie Pra 1984, 79 ff. (GAP)
- 279 vgl. Müller/Müller 349 und Alfred Kölz, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, in: ZBJV 1985, 352 ff.
- 280 z.B. Vorschriften über das Sammeln von Geld und Naturalabgaben der Stadt Zürich vom 30.11.77, amtl. Sammlung der Beschlüsse und Verordnungen von Behörden der Stadt Zürich, Bd 36, S. 518 f.
- 281 a.A. Stüdeli 52, Sintzel 231
- 282 BGE 104 Ia 94 und 378, vgl. auch Müller/Müller 96 f., Häfelin/Haller Nr. 1267 ff.
- 283 Müller/Müller 97. Vgl. zu dieser Frage aus deutscher Sicht Kromer 123.
- 284 Vgl. dazu die Erörterung über die präventive Kontrolle von Meinungsäusserungen oben, AT 5.2.4.1., die auch für nicht "rational fassbar und mittelbar gemachte"

(ZBl 1963, 365) Aeusserungen gelten sollten.

285 Stüdeli 52

286 Jellinek 511, Ruck Bd. 1, 149
Fleiner-Gester 390, Sintzel 231, BGE 81 I 19

287 Sehr anschaulich beschreibt schon Stüdeli, S. 44 f.,
zwanzig Jahre vor dem Genfer Dirnenentscheid die
Wünschbarkeit solchen Grundrechtsschutzes.

288 vgl. ausführlich Werren 17 ff.

289 Jellinek, Nachtrag, 30, Fleiner-Gerster 387,
Grisel 549, Wicki 55, Knapp Nr. 1802, Imboden/Rhinow
Nr. 117 B II b,c, Stüdeli 23, Schauwecker 113 ff. mit
weiteren Differenzierungen, Werren 30 f.

290 BGE 89 I 539, 108 Ia 113

291 ZBl 1962, 4

292 BGE 81 I 19

293 ZR 48 Nr. 191

294 so auch Werren 31 f., 49 f.

295 In Frage käme höchstens die persönliche Freiheit, die
aber nur die "elementaren Erscheinungen der Persön-
lichkeitsentfaltung" schützt (BGE 101 Ia 346 f.) wozu
das Parkieren m.E. nicht gehört.

296 s. oben AT 1.1.2.

297 Zu undifferenziert ist daher m.E. die diesbezügliche
Bemerkung von Werren 33, wonach jedes gewerbliche Par-
kieren als gesteigerter Gemeingebrauch zu qualifizie-
ren wäre.

298 Baurecht, Mitteilungen zum privaten und öffentlichen
Baurecht des Seminars für Schweizerisches Baurecht,
Freiburg, 1984/4, 78 f.

299 ZR 31, Nr. 41

300 ZR 49, Nr. 87

301 vgl. ausführlich Werren 18 ff.

302 vgl. z.B. ZBl 1982, 138 ff. betr. Prugelstrasse

303 Vgl. Schauwecker 50, 66 f., 95

- 304 Pra 1980, 716
- 305 BB1 1983 I, 801 ff.
- 306 BB1 1983 I, 805
- 307 Es mag hier dahingestellt bleiben, ob sich die Anordnungen nicht auch auf SVG 3 Abs. 3 hätten stützen lassen. Sie betreffen nämlich durchwegs "Nichtdurchgangsstrassen" (S. 36 des Stadthalterentscheides) und bestehen naturgemäss ("Autofreie Altstadt") weitgehend in Fahrverboten, zugegebenermassen mit Ausnahmen
- 308 BB1 1983 I, 805
- 309 BB1 1983 I, 810
- 310 Häfelin/Haller Nr. 150 ff. Vgl. auch VPB 1985.30, 173, Ziff. 3
- 311 und per delegationem der kommunale
- 312 In diese Richtung weisen auch die Ausführungen in einem Entscheid des Bundesrates (VPB 1985.30, 173), wo es heisst:
- "Wie schon erwähnt, ist in Art. 3 SVG den Kantonen und - soweit das kantonale Recht das zulässt - allenfalls auch den Gemeinden die Befugnis zuerkannt, in örtlich begrenztem Ausmass von Normen des Strassenverkehrsgesetzes abweichende Verkehrsregelungen zu treffen. Den mit den lokalen Verhältnissen am besten vertrauten Behörden soll damit die Anpassung der Verkehrsregeln an die jeweiligen Verhältnisse ermöglicht werden. Diese Ordnung schliesst ein, dass den zuständigen Amtsstellen ein Ermessensbereich belassen wird, der auch von höheren Instanzen zu respektieren ist, soweit nicht übergeordnete Vorschriften verletzt werden."
- Interessant ist dabei, dass nicht die genauen begrifflichen Unterscheidungen zwischen Abs. 3 und Abs. 4 beachtet werden, sondern Art. 3 als Ganzes ausgelegt wird, was mir sinnvoll erscheint. Vgl. auch Schauwecker 107.
- 313 vgl. dazu auch Schauwecker 176 ff.
- 314 Dies führte zu einer erfolglosen staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, ZBl 1977, 456 f.
- 315 vgl. VPB 1985.30, 173 f., Ziff. 3, Abs. 2

- 316 vgl. Schauwecker 49
- 317 BGE 105 Ia 219, 91 I 408, Fleiner-Gerster 388, Meier-Hayoz, Syst. Teil zum Eigentum N 456, Imboden/Rhinow Nr. 117 B III. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vgl. oben AT 5.1.2.4.
- 318 Imboden/Rhinow Nr. 117 B III a-d, vgl. betr. die Rechtsmittellegitimation des Anstössers gegen Verkehrsbeschränkungen im Kanton Zürich: ZBl 1982, 231 f.
- 319 Knapp Nr. 1799
- 320 Fleiner-Gerster 388, Wicki 88, Imoden/Rhinow Nr. 117 B II d
- 321 Nr. 117 B II d
- 322 S. 88
- 323 s. oben 9.2.
- 324 gegeben den 30. August 1786, gedruckt in Hochobrigkeitlicher Buchdruckerey 1786
- 325 Dritter Titel, 4. Satzung
- 326 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Bau-recht (Planungs- und Baugesetz) vom 7. Sept. 1975, GS 700.1
- 327 oben 10.2
- 328 Stüdeli 51, Greuter 53 unter Hinweis auf das damalige zürcherische Gesetz betreffend das Strassenwesen vom 20. Aug. 1893, ZG 1962 Bd. 5 S. 89
- 329 vgl. z.B. die Gebührenordnung (der Stadt Winterthur) für die vorübergehende Benützung des öffentlichen Grundes für Bauinstallationen vom 30.1.1985
- 330 Saladin, Grundrechte, 167 ff., Dilger/469
- 331 zusammengefasst in BGE 109 Ib 15 f.
- 332 Müller/Müller 295, Häfelin/Haller Nr. 1362
- 333 Häfelin/Haller Nr. 1399, vgl. aber auch ZBl 1983, 495 ff.
- 334 Dilger 492, BGE 99 Ia 715, L. Schürmann, Bau- und Planungsrecht, Bern 1981, 46, Imboden/Rhinow Nr. 69

B IV b

- 335 Verordnung (der Stadt Winterthur) über die Gebühren im Bauwesen vom 14.1.85, Art. 15(Leitungen) bzw. 18 (Rampen).
- 336 ZBl 1977, 217 ff.
- 337 Pra 1974, 30
- 338 Pra 1974, 30, BGE 108 Ia 136 f., 102 Ia 443 f., Schwarzenbach 194, Grisel 299, Waser 175, Stüdeli 52 Knapp Nr. 1820, Imboden/Rhinow Nr. 118 B I a 3, Zürcher 36, Marti 117
- 339 Vgl. auch Werren 33, der unter dem Titel "Parkieren als Sondernutzung" einen lokalen Busbetrieb als Bsp. nennt. Hier könnten m.E. auch dauerreservierte Taxi-standplätze erwähnt werden.
- 340 a.a.O. 391
- 341 Nur gesteigerter Gemeingebrauch dürfte dort vorliegen, wo zwar ein Feld gelb markiert ist, aber eine Tafel das Parkieren gestattet, wenn kein Taxi da ist.
- 342 BGE 108 Ia 139, vgl. auch ZBl 1977, 180 f. und 1978, 276
- 343 Fleiner-Gerster 390, Knapp 1821 f., Imboden/Rhinow Nr. 118 B I 2.
- 344 BGE 107 a 294
- 345 BGE 100 Ia 400, 107 Ia 230
- 346 Aubert Supplément Nr. 2167
- 347 Müller, Elemente 24 f.
- 348 Gerade daraus kann man aber auch ableiten, die Definition der Demonstrationsfreiheit als selbständiges Grundrecht sei unnötig, vgl. Walter Haller, Die Akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, in: ZSR 1976, 122
- 349 Rüesch 122
- 350 BGE 107 Ia 228. In casu waren allerdings nicht "de situations de fait semblables nécessitant un traitement juridique identique" gegeben.

- 351 Zur ausführlichen Begründung dieser Ansicht s. oben
AT 5.2.4.1.
- 352 BGE 107 Ia 296 f.
- 353 Begründung und Gegenansicht s. oben AT 5.2.4.1.
- 354 Meier-Hayoz N. 19 zu Art. 699 ZGB
- 355 vgl. Meier-Hayoz, N 23 zu Art. 699 ZGB
- 356 Art. 944 N.5
- 357 Art. 664 N.4
- 358 Nr. 1705
- 359 vgl. Nr. 1713 und 1773
- 360 Fleiner-Gerster 382
- 361 Institutionen 352
- 362 Ebenso Waser 3, Sintzel 3, Ruck Bd. 1, 140
- 363 a.a.O. 27 f.
- 364 BG betreffend die eidg. Obergerichts- über die Forst-
polizei vom 11.10.1902, SR 921.0; Gesetz betreffend
das Forstwesen (Kt. Zürich) vom 28. Juli 1907, GS
921.1
- 365 E. Wullschlegel, Die Erfassung der Waldfunktionen, Be-
richte der eidg. Anstalt für das forstliche Versuchs-
wesen Nr. 238, 1982, 9

Lebenslauf

Am 28. April 1959 wurde ich in Bern geboren. Ab dem 10. Lebensjahr verbrachte ich meine Schulzeit in Winterthur, wo ich im Jahre 1978 das Maturitätszeugnis Typus B erwarb. Im Herbst 1979 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Dort absolvierte ich mein gesamtes Studium bis zur Lizentiatsprüfung in den Jahren 1983 und 1984. Nach dem Schreiben der vorliegenden Dissertation trat ich im Mai 1986 als Substitut in ein Anwaltsbüro in Chur ein, wo ich auch heute noch tätig bin.

